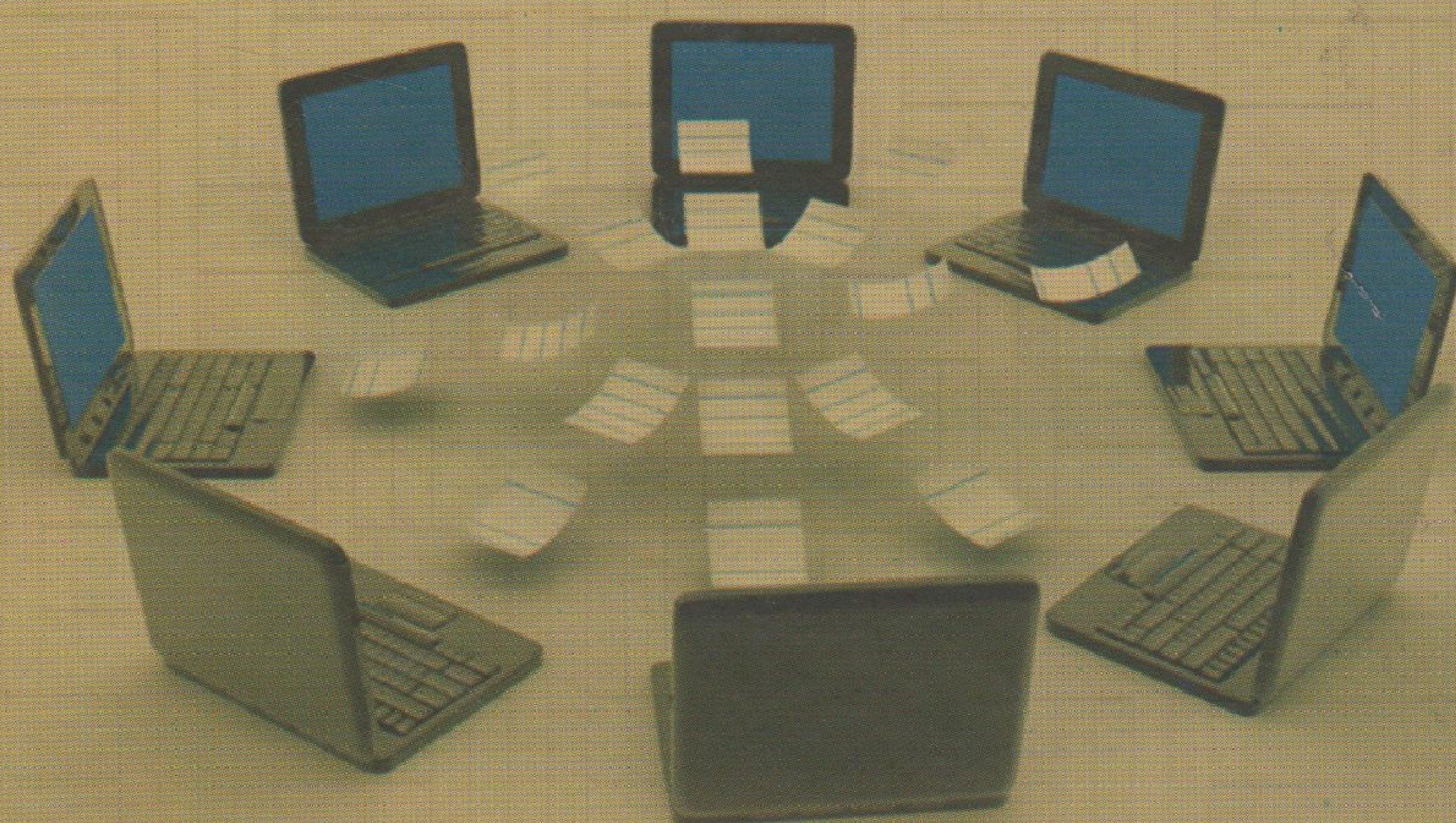
العقود الإلكترونية

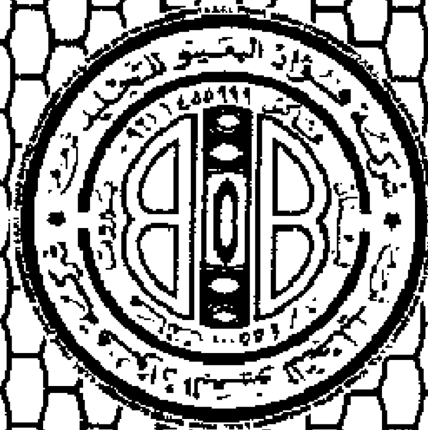
التراضي • التعبير عن الإرادة

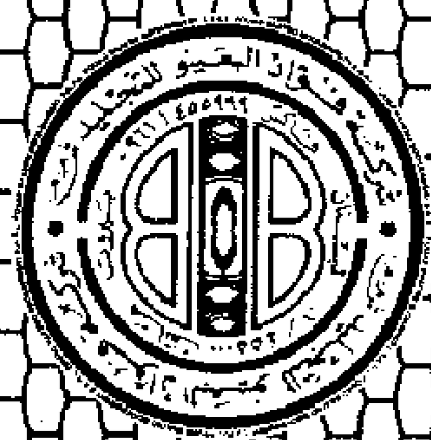
دراسة مقارنة

الدكتور
علاء محمد الفواعير
دكتوراه في القانون الخاص
محاضر غير متفرغ
جامعة العلوم الإسلامية









العقود الإلكترونية

التراضي • التعبير عن الإرادة

دراسة مقارنة

346 ,02
رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية: (2013/9/3320)
المؤلف: عـــلاء محمـــد الفواعيـــر
الكتاب: العقود الإلكترونية - التراضي - التعبير عن الإرادة
الواصفـــات: العقـــود - الوثائـــق القانونيـــة - الإنترنـــت
لا يعبر هـذا المصنف عن رأي دائرة المكتبة الوطنية أو أي جهة حكومية أو الناشر
ISBN:978-9957-16-852-0

الطبعة الأولـــى 2014م - 1435هـ



أسسها خالد محمود جابر حيف عام 1984 عمان - الأردن
Est. Khaled M. Jaber Haif 1984 Amman - Jordan

المركز الرئيسي
عمان - وسط البلد - قرب الجامع الحسيني - سوق البتراء - عمارة الحجيري - رقم 3 د
هاتف: 4646361 6 (962 +) فاكس: 4610291 6 (962 +) ص.ب 1532 عمان 11118 الأردن

فرع الجامعة
عمان - شارع الملكة رانيا العبد الله (الجامعة سابقاً) - مقابل بوابة العلوم - مجمع عربيات التجاري - رقم 261
هاتف: 5341929 6 (962 +) فاكس: 5344929 6 (962 +) ص.ب 20412 عمان 11118 الأردن

Website: www.daralthaqafa.com e-mail: info@daralthaqafa.com

Main Center
Amman - Downtown - Near Hussayni Mosque - Petra Market - Hujairi Building - No. 3 d
Tel.: (+962) 6 4646361 - Fax: (+962) 6 4610291 - P.O.Box: 1532 Amman 11118 Jordan

University Branch
Amman - Queen Rania Al-Abdallah str. - Front Science College gate - Arabiyat Complex - No. 261
Tel.: (+962) 6 5341929 - Fax: (+962) 6 5344929 - P.O.Box: 20412 Amman 11118 Jordan

Dar Al-Thaqafa For Publishing & Distributing

الثقافة للتصميم والإخراج

العقود الإلكترونية

التراضي • التعبير عن الإرادة

دراسة مقارنة

الدكتور
علاء محمد الفواعير
دكتوراه في القانون الخاص
محاضر غير متفرغ
جامعة العلوم الإسلامية

أصل هذا الكتاب (رسالة دكتوراه)
بإشراف الدكتور عبد الرحمن جمعه الحلالشة
في جامعة عمان العربية للدراسات العليا - الأردن

دار الثقافة للنشر والتوزيع
1435هـ-2014م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡۚ وَلَا تَقۡتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمۡۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمۡ رَحِيمٗا ﴾

صدق الله العظيم

سورة النساء الآية (29)

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

" لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه "

صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم

الإهداء

أقدم هذا العمل إلى أبي رحمـه الله الذي منحني ذكره الطيّب الدافع نحو العمل وتحدي الصعاب

إلى من أفنت عمرها سهراً وكداً إلى أمي الغالية حفظها الله وأمدّها بالصحة والعافية

إلى زوجتي التي قاسمتني عناء الحياة ومشاقها الغالية أم رعد

إلى أبنائي الأعزاء لين، رعد، أحمد

إلى إخواني وأختي

إلى مؤسستي التي أفتخر بانتسابي لها رئاسة الوزراء وإلى أمينها العام محمد نور الشريدة الذي قدم لي الدعم

وإلى كل ساعٍ إلى علم ينتفع به . . . إخوتي وزملائي الطلبة

الباحـــث

علاء محمد الفواعير

الفهرس

الملخص 11
المقدمة 15

الفصل الأول

مفهوم العقد الإلكتروني ومجالاته

أولاً: ماهية التجارية الإلكترونية 30
ثانياً: مفهوم العقد الإلكتروني 40
ثالثاً: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني 58
رابعاً: مجالات العقد الإلكتروني 66

الفصل الثاني

وجود التراضي في العقود الإلكترونية

أولاً: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني 84
ثانياً: الإيجاب في العقد الإلكتروني 123
ثالثاً: القبول في العقد الإلكتروني 136
رابعاً: مجلس العقد الإلكتروني 146
خامسا: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني 150

الفصل الثالث

صحة التراضي

أولاً: الأهلية في التعاقد الإلكتروني.. 162

ثانياً: وسائل التحقق من شخصية المتعاقدين في التعاقد الإلكتروني.......... 173

ثالثاً: أثر اختلاف التشريعات على الأهلية في التعاقد الإلكتروني والقانون الواجب التطبيق على الأهلية.. 188

رابعاً: عيوب الإرادة في التعاقد الإلكتروني.. 192

الخاتمة.. 211

المراجع.. 223

الملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بيان مدى انطباق قواعد التراضي على العقود الإلكترونية من خلال مقارنة الأحكام الخاصة بركن التراضي الواردة في القانون المدني الأردني وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني مع التشريعات الدولية والعربية.

إذ عمدتُ إلى إيراد تقديم لمفهوم العقد الإلكتروني وتميزه عن غيره من العقود في مسعى لوضع القارئ في تصور عام عن هذا النوع من العقود، ومن ثم عملت على تحليل ومقارنة الأحكام القانونية المتعلقة بركن التراضي الواردة في القواعد القانونية العامة ومدى كفايتها لمعالجة مسألة التراضي في العقود الإلكترونية من خلال تناول مسألة وجود التراضي وصحته في التعاقد الإلكتروني.

فبينت الدراسة أن ركن التراضي في التعاقد الإلكتروني لا يخرج عن مفهومه التقليدي في أحكام القانون المدني الأردني على الرغم من وجود خصوصية تفرضها طبيعة العقد الإلكتروني؛ باعتباره يبرم عن بعد باستخدام وسائل الاتصال الحديثة.

وتظهر مشكلة الدراسة في بيان مدى كفاية النصوص القانونية الناظمة لركن التراضي في القانون المدني وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني، من خلال الإجابة عن أسئلة الدراسة التي وضعها الباحث، والتي أخرجت هذه الدراسة بشكلها الحالي اعتماداً على تقسيمها إلى فصولها الخمسة والتي أوضحت مفهوم التجارة الإلكترونية والعقد الإلكتروني الذي لا يخرج بمفهومه العام عن العقد التقليدي مع مراعاة ما يتمتع به هذا العقد من خصوصية مردها

الوسيلة المستخدمة في إبرامه، كما تم تمييز هذا العقد عن العقد التقليدي وعن غيره من النظم الأخرى المحيطة به، كما أن التصور العام السائد بأن العقد الإلكتروني يقتصر على العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت، دفعنا إلى بيان مجالات العقد الإلكتروني في محاولة لإيراد كافة المجالات التي يمكن أن يتم من خلالها إبرام العقد الإلكتروني.

وقد أظهرت الدراسة من خلال تناول وجود التراضي الطرق المستخدمة في التعبير عن الإرادة من طرق تقليدية وطرق مستحدثة ومدى الكفاية التشريعية لإضفاء الصبغة القانونية على تلك الطرق المستحدثة، حيث بيّنت الدراسة ماهية الإيجاب الإلكتروني وتعرضت إلى مسائل خاصة يثيرها الإيجاب الإلكتروني كتلك المتعلقة بالتمييز بين الإيجاب والإعلان ولغة الإيجاب والرسائل المزعجة. وتناولت الدراسة القبول الإلكتروني وأثر استخدام وسائل جديدة للتعبير عن القبول الإلكتروني كالضغط على زر الموافقة والمعالجة القانونية لمثل هذه الطريقة، كما تناولت بالبحث مدى صلاحية السكوت للتعبير في الإرادة عن التعاقد الإلكتروني وإمكانية إعمال الاستثناءات الواردة في القواعد العامة لصلاحية السكوت عن التعاقد الإلكتروني، كما تناولت حق رجوع القابل عن قبوله والتأصيل القانوني لهذا الحق في ظل غياب النص في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

كما تطرقت الدراسة إلى مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني والأحكام القانونية الناظمة لذلك.

وتناولت الدراسة كذلك صحة التراضي من حيث الأهلية الواجبة لإبرام التعاقد الإلكتروني وأثر نقص الأهلية في هذا التعاقد، وتمت معالجة ذلك من خلال الأحكام العامة.

وكما تناولت هذه الدراسة بيان أثر موت أو فقد الأهلية في التعاقد الإلكتروني وفق القواعد العامة وقانون المعاملات الإلكترونية.

وحاولت الدراسة إلقاء الضوء على أثر اختلاف التشريعات على الأهلية والقانون واجب التطبيق من خلال الأحكام العامة الناظمة لتنازع القوانين.

وأخيراً بينت الدراسة أثر عيوب الإرادة في التعاقد الإلكتروني وعرضت التطبيقات التي يمكن تصورها لعيوب الإرادة في هذا النوع من العقود.

الكلمات الدّالة: قواعد التراضي، العقود الإلكتروني، القانون المدني، التجارة الإلكترونية.

المقدمة

أولاً: تمهيد

يوصف العصر الحالي بأنه عصر التكنولوجيا؛ لأنها طالت شتى مجالات الحياة، والإنسان في سباق مستمر مع الزمن بقصد الوصول إلى أحدث الوسائل التكنولوجية لاستخدامها في حياته، لما توفره من وقت وجهد ومال.

ونجم من الحرص على مواكبة ركب التطور ثورة في مجال الاتصالات وتكنولوجيا الحاسوب ونظم المعلومات ظهور ما يعرف بشبكة الإنترنت.

وقد أحدث ظهور هذه الشبكة تغيراً كبيراً في أنماط الحياة على اختلاف درجاتها، وأسهمت هذه الشبكة في إلغاء الكثير من الحواجز التي تفصل بين الدول، فأصبح العالم قرية صغيرة يسهل فيها التواصل، ولم يعد البشر أسرى لمكانهم فوق كوكب الأرض، ومن ثم شهد العالم أنماطاً حياتية جديدة، منها العقود الإلكترونية والتجارة الإلكترونية.

لقد كان الإنسان أسيراً لمكانه محدوداً بأدواته في ظل إبرام العقود من خلال النمط التقليدي، لأنه مقيد بأساسيات التجارة التقليدية التي تقوم على الإيجاب والقبول والتسليم المادي والدفع المباشر في قدر كبير من العقود التي يبرمها، ولكنه في ظل التطور التكنولوجي أصبح يجوب العالم وهو جالس في مكتبه أو بيته، وأضحى بمقدوره إبرام العقود سواء أكانت تجارية أم استهلاكية مع مختلف الشركات والمصانع العالمية دونما حاجة إلى وجوده الفعلي، فأصبحت لديه القدرة بمجرد تصفحه لمواقع تلك الشركات والمصانع

على شبكة الإنترنت اختيار ما يناسبه من البضائع أو الخدمات، وإبرام الصفقات لتلبية احتياجاته التجارية أو الشخصية من خلال الضغط على جهازه، ومن خلاله أضحى يتسوق من المتاجر الافتراضية ويدفع المقابل وكل ذلك إلكترونياً.

إن التعاقد الإلكتروني يخضع كالعقود التقليدية إلى الأحكام العامة للعقود، إلا أن التطور في أنماط التعاقد كان وما زال يشكل دافعاً لرجال القانون للعمل على دراسة هذا النمط من التعاقد بغرض الإحاطة بكافة جوانبه وتناول الإشكاليات التي تثار في مواجهته، لهذا جاءت الدراسات القانونية لإعادة النظر في كثير من المفاهيم والقواعد القانونية الناظمة لأحكام العقود التقليدية.

وترتب على ذلك كله ظهور تشريعات دولية ومحلية لتنظيم التعاقد الإلكتروني، فقامت اللجان التابعة للأمم المتحدة ممثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال ـ UNCITRAL) بإصدار قانون نموذجي ينظم أحكام التجارة الدولية الإلكترونية سعياً لأن يكون أنموذجاً يحتذى به من قبل دول العالم عند وضع تشريعاتها المتعلقة بالتجارة الإلكترونية والعقود الإلكترونية، وعلى هذا سار المشرعون في دول العالم المختلفة ومنهم المشرع الأردني الذي أصدر قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم (85) لسنة 2001 الذي أصبح نافذ المفعول في الأول من نيسان عام 2002 ويمكن وصفه بأنه ترجمة للقانون النموذجي (على ما سيتم بيانه لاحقاً).

ويعد ركن التراضي العنصر الجوهري في العقد تقليدياً أم إلكترونياً، وبما أن هذا الركن يثير الكثير من الإشكاليات في مجال التعاقد الإلكتروني،

لهذا وقع اختيارنا لبحث هذا الموضوع وغايتنا من تناوله تسليط الضوء على الجوانب الخاصة بالتراضي في العقد الإلكتروني ومعالجة الإشكاليات القانونية التي يثيرها هذا الركن في مثل هذه العقود لغايات الوصول إلى الإطار القانوني المناسب للتعامل مع تلك العقود، وستركز دراستنا على تناول الموضوع في نطاق القانون الأردني مقارنة بالتشريعات الدولية والعربية.

ثانياً: مشكلة الدراسة

الإنسان في حاجة مستمرة إلى قضاء احتياجاته بالتشارك مع أبناء جنسه فهو لا يستطيع أن يعيش بمعزل عن العالم لذلك يكون وعلى الدوام طرفاً في علاقات تعاقدية لتلبية احتياجاته.

وحيث ينبني العقد على عمومه على ارتباط إرادتين وفق الأسس الموضحة في القانون وهذا الارتباط محكوم بالقواعد التقليدية للعقود الواردة في أحكام القانون المدني، إلا أن خصوصية التعاقد الإلكتروني المتمثلة في استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التعبير عن الإرادة في هذا النوع من العقود تثير تساؤلات عدة، أبرزها هل يتطلب التعبير عن الإرادة بوسائل إلكترونية إيجاباً كان أم قبولاً أحكاماً قانونية خاصة؟ أم أن القواعد العامة في القانون المدني تنسحب عليها باعتبارها مجرد وسائل للتعبير أو أدوات للإفصاح عن الإرادة؟ وكذلك مدى جواز استخدام الوسائل التكنولوجية الحديثة في التعبير عن هذه الإرادة كاستخدام رسائل البيانات أو البريد الإلكتروني، وما يكتنف استخدام هذه الوسائل من مشكلات قانونية ومخاطر وكذلك مدى إمكان اعتبار الإيجاب الإلكتروني وسيلة للمفاوضة أم دعوة إلى التفاوض أم إيجاباً نهائياً جازماً وملزماً لمصدره، وبيان التعبير عن القبول في مثل هذه العقود، وهل يمكن اعتبار السكوت قبولاً في تلك العقود كما العقود التقليدية؟ وهل

تفرض طبيعة هذا العقد معالجة خاصة لزمان ومكان الانعقاد وإلى أي مدى يمكن إعمال النظريات التي تناولت زمان الانعقاد على العقد الإلكتروني؟ وهل أن مكان الانعقاد هو مكان إقامة القابل أم مكان استلام الموجب للقبول أم مكان تسجيل الموقع الإلكتروني؟

ومن ناحية أخرى، تظهر خصوصية العقد الإلكتروني في موضوع العيوب التي قد تشوب إرادة المتعاقدين وهل يمكن تصور انسحاب جميع العيوب التي تشوب الإرادة في العقود التقليدية على العقود الإلكترونية؟ كل تلك الإشكالات والتساؤلات تدفع لبحث هذه المشكلة.

وبناء على ما تقدم فإن الغرض من هذه الدراسة هو تطوير مشروع قانون لقواعد التراضي في العقود الإلكترونية استناداً إلى الواقع الأردني والتجربة العالمية.

ثالثاً: عناصر مشكلة الدراسة

تتمثل عناصر مشكلة الدراسة في الإجابة عن التساؤلات الآتية:

1- هل العقد الإلكتروني من عقود الإذعان أم عقد رضائي ؟
2- ما حكم التعبير عن الإرادة في إبرام العقود الإلكترونية؟
3- ما طرق التعبير عن الإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية؟
4- ما الطبيعة القانونية للإيجاب والقبول الإلكترونيين؟
5- هل الإعلان عبر الوسائل الإلكترونية يعد إيجاباً أم دعوة للتعاقد؟
6- ما مفهوم مجلس العقد في العقود الإلكترونية؟
7- ما زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني ؟
8- ما مفهوم الأهلية في التعاقد الإلكتروني؟

9- كيف يتم التحقق من شخصية المتعاقدين وأهليتهما في العقود الإلكترونية؟

10- ما أثر اختلاف التشريعات في الأهلية اللازمة لصحة العقد الإلكتروني؟

11- ما عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية؟

رابعاً: مفاهيم الدراسة ومصطلحاتها

يرد في هذه الأطروحة العديد من المصطلحات التي تعد أساسيات لهذه الأطروحة، ومن هذه المصطلحات، ما يأتي:

- **الإنترنت (شبكة المعلومات)**: هي مجموعة كبيرة من شبكات الحاسوب المرتبطة ببعضها باستخدام وسائل ربط متنوعة كالأسلاك أو الكوابل النحاسية أو أبراج الاتصال اللاسلكية التي تعمل من خلال تبادل الموجات الكهرومغناطيسية أو الأقمار الصناعية، أو بالجمع بينهما عبر مختلف أنحاء العالم. (دودين، **2010**، ص:**21**).
- **الموقع الإلكتروني (موقع الويب)**: هو مكان ثابت أو واجهة خاصة بالعمل على شبكة الإنترنت، ويتكون من النصوص والصور الثابتة والمتحركة والأصوات التي تعالج بلغة HTML، وبشكل يمكن للعميل عرض ما لديه من منتجات أو خدمات أو معلومات. (الدمياطي، **2009**، ص:**33**).
- **البريد الإلكتروني**: هو استخدام شبكة الإنترنت كصندوق للبريد، بحيث يستطيع المستخدم إرسال الرسائل الإلكترونية إلى شخص أو عدة أشخاص من مستخدمي الإنترنت. (إبراهيم، **2008**، ص:**19**).

- رسالة المعلومات (رسالة البيانات): هي المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي (قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، 2001).
- الوسيط الإلكتروني: هو برنامج الحاسوب وأية وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ أو إجراء أو الاستجابة لإجراء، بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخصي (قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، 2001).
- التجارة الإلكترونية: هي الأعمال والنشاطات التجارية التي تتم ممارستها من خلال الشبكة المعلوماتية الدولية (الإنترنت) (أبو الهيجاء، 2011 ص:40).
- العقد الإلكتروني: هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية، كلياً أو جزئياً. (قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، 2001).
- التراضي في العقود التقليدية: هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني .
- التراضي في العقود الإلكترونية: فهو تطابق إرادتين في العقود المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة.
- الإيجاب الإلكتروني: هو كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة، بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان (التوجه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد رقم (97/7/EC)).

- القبول الإلكتروني: هو تعبير من وجه إليه الإيجاب عن رضاه بالعقد على أساس الشروط التي عرضها الموجب، وينقل هذا التعبير من خلال وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة (السوسوه **2010**، ص:**319**).

خامساً: أهمية الدراسة

يشهد العالم إقبالاً متزايداً على إبرام العقود عبر وسائل الاتصال الحديثة وأمام هذا الانتشار السريع لهذه العقود جاءت هذه الدراسة لتحليل هذا النوع من العقود ومناقشتها، وتناول ركن التراضي في هذه العقود للوقوف على أبرز الإشكاليات التي تواجه تكوين هذا العقد ومحاولة التقريب بين خصوصية هذا العقد والقواعد العامة التي تحكم العقود التقليدية، وكذلك تحليل النصوص القانونية الناظمة لمثل هذا النوع من العقود في محاولة لمعرفة مواطن القصور التشريعي ووضع المقترحات اللازمة.

وغايتنا وضع دراسة شاملة للموضوع، علها تكون موجهاً للمشرّع عند إعداد مشروع قانون جديد للمعاملات الإلكترونية.

سادساً: محددات الدراسة

أ. المحددات الزمانية: تقتصر هذه الدراسة على البحث في ركن التراضي في العقود الإلكترونية من خلال أحكام قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لعام 2001، وقواعد القانون المدني لعام 1976.

ب. المحددات المكانية: تتناول هذه الدراسة الأحكام القانونية للتراضي في المملكة الأردنية الهاشمية، بالمقارنة مع تلك الأحكام في التشريعات الدولية والعربية.

سابعاً: الدراسات السابقة ذات الصلة بالموضوع

تناولت عدد من الدراسات والمراجع القانونية موضوع العقود الإلكترونية، وكذلك تناولت بعض الدراسات موضوع التراضي في العقود الإلكترونية؛ فقد جاءت كل دراسة من هذه الدراسات؛ لتتناول الموضوع من جانب معين.

نورد بعض الدراسات السابقة التي عالجت الموضوع:

1- منصور، محمد حسين (2003) المسؤولية الإلكترونية:

ناقشت هذه الدراسة الأعمال الإلكترونية، وصور تطبيق الخطأ الإلكتروني العقدي والتقصيري، وتسوية المنازعات الإلكترونية، ولم تناقش العقد الإلكتروني والتعبير عن الإرادة في هذا العقد كما ستفعل هذه الدراسة.

2- أبو العز، علي محمد (2006)، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي:

تناولت هذه الدراسة التجارة الإلكترونية وتطوُّرها، ومفهومها، وكذلك تناولت عقد التجارة الإلكترونية، من حيث مفهومِه، وتوضيح أركانه، والآثار المترتبة عليه، والوسائل التي يصحُّ الاعتماد عليها شرعاً في إثبات هذا العقد.

تختلف دراسة الباحث عن هذه الدراسة بأنها تتناول بالبحث ركن التراضي على وجه الخصوص؛ وكذلك تتناول موضوع الأهلية وعيوب الإرادة التي لم تتناولها الدراسة المنوه عنها أعلاه.

3- الشريفات محمود عبد الرحيم (2009)، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت:

تطرقت هذه الدراسة إلى موضوع التراضي في العقود الإلكترونية ببحث عام غير تفصيلي وتناول الباحث بجانب من هذه الرسالة التوقيع الإلكتروني.

تتميز دراسة الباحث عن هذه الدراسة:

- تناول ركن التراضي من خلال بحث تفصيلي وتناول كافة الموضوعات التي تعدّ من مستلزمات البحث لمثل هذا الموضوع، منها: صيغة التراضي، والأهلية، وعيوب الإدارة، وهو الإيجاب والقبول والطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني.

4- أبو الهيجاء، محمد إبراهيم (2010)، عقود التجارة الإلكترونية:

تهدف هذه الدراسة إلى بحث العقد الإلكتروني وإثباته وحماية المستهلك ووسائل الدفع الإلكتروني والمنازعات العقدية وغير العقدية والحكومة الإلكترونية والقانون واجب التطبيق.

تتميز دراسة الباحث عنها في أن الباحث سيتناول دراسة العقود على عمومها تجارية أو استهلاكية، وسيتم بحث التراضي في العقد الإلكتروني من كافة جوانبه بدراسة متخصصة شمولية للموضوع دون البحث في عموميات القواعد الناظمة للعقد الإلكتروني، وذلك من خلال تسليط الضوء على ركن التراضي من حيث الوجود والصحة.

5- دودين، بشار محمود(2010)، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت:

تطرقت هذه الدراسة إلى موضوع العقد المبرم عبر شبكة الإنترنت وعلى وجه التحديد عقد البيع عبر الإنترنت، وإثبات هذا العقد وأنواع الدفع الإلكتروني. وجاء تناول التراضي عبر الإنترنت في معرض تناول الموضوع وبشكل عابر.

تتميز دراسة الباحث عن هذه الدارسة بالبحث التفصيلي لموضوع التراضي في العقود الإلكترونية من حيث وجوده وصحته والأهلية في هذا النوع من العقود

دون الدخول ببحث عام لكافة الجوانب المتعلقة في العقد، ومن ثمّ الشمول دون التركيز على نقطة بحثية محددة ومعالجة إشكالياتها.

ثامناً: منهج البحث المستخدم

اقتضت طبيعة موضوع الدراسة أن يتبع الباحث عدة مناهج مجتمعة؛ وذلك لغايات الإلمام بالموضوع من كافة جوانبه، وعلى النحو الآتي:

1- المنهج الوصفي:

سنسلط الضوء في هذه الأطروحة على تحديد مفهوم التراضي في العقود الإلكترونية والمفاهيم المرتبطة به والأحكام القانونية الناظمة، ووصف التطور في التنظيم التشريعي الأردني بالخصوص، كذلك وصف مدى معالجة المشرع الأردني للموضوع، ومواكبة التشريعات العربية والدولية التي تناولت موضوع الدراسة. كما تصف الدراسة الواقع التطبيقي القضائي للتراضي في العقود التقليدية وقياسها على العقود الإلكترونية في محاولة للوقوف على الأمر لا سيما أن التطبيقات القضائية بخصوص العقود الإلكترونية نادرة.

2- المنهج التحليلي:

يتم ذلك بتحليل مفهوم التراضي في العقود الإلكترونية، كما ورد في النصوص القانونية والدراسات الفقهية والأحكام القضائية التي تعرضت بالشرح إلى هذا الموضوع وبينت أحكامه.

3- المنهج المقارن:

يبرز دور المنهج المقارن من خلال المقارنة بين التشريعات المحلية والعربية والقواعد الدولية ومبادئ الشريعة الإسلامية والفقه؛ بهدف تسليط الضوء على

جوانب الاتفاق والاختلاف بين هذين القانونين والفقه الإسلامي؛ وذلك لمعرفة جوانب القصور في قانون معين، ومحاولة الإفادة من النظام التشريعي في دولة أخرى.

الفصل الأول

مفهوم العقد الإلكتروني ومجالاته

1

أولاً: ماهية التجارية الإلكترونية

ثانياً: مفهوم العقد الإلكتروني

ثالثاً: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني

رابعاً: مجالات العقد الإلكتروني

الفصل الأول

مفهوم العقد الإلكتروني ومجالاته

تمهيد:

إن انتشار وسائل الاتصال الحديثة على وجه الخصوص الإنترنت قد ألقى بظلاله على مناحي الحياة، فأصبحت الشبكة العنكبوتية الملجأ لكثير من الأنشطة التي يمارسها الإنسان في حياته؛ لما تقدمه هذه الشبكة من توفير للوقت والمال.

والتعاقد من أبرز النشاطات التي تأثرت بالتطور التقني لوسائل الاتصال بشكل مباشر، فبعد أن كان الإنسان بحاجة إلى الوجود الفعلي لإبرام العقود، وما يترتب على ذلك من وقت وجهد ومال، أصبح بإمكانه استخدام وسائل الاتصال الحديثة لإبرام تلك العقود.

وقد أثر انتشار ما يعرف بالتعاقد الإلكتروني إيجاباً، في قدرة الفرد أيّاً كانت صفقته تاجراً أم مستهلكاً على استخدام هذه الوسائل التي سهلت السبل أمام البشر لكونها غير محاطة بقيود زمانية أو مكانية.

وقد شكل تناول موضوع التعاقد الإلكتروني على عمومه صعوبة نظراً لاتساع هذا الموضوع ووجود كثير من الإشكاليات التي يثيرها هذا النوع من التعاقد. من هنا، نحاول إلقاء الضوء على جانب يعد من الجوانب المهمة في التعاقد سواء أكان تقليدياً أم إلكترونياً، وهذا الجانب يتعلق بالتراضي والتعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية.

ويرتبط العقد الإلكتروني بالتجارة الإلكترونية ارتباطاً وثيقاً، وهذا الارتباط لا يعني بالضرورة اقتصار وجود العقد الإلكتروني في التجارة الإلكترونية؛ إذ يمكن تصور كثير من العقود الإلكترونية بعيداً عن الصفقة

التجارية، كتلك العقود الإلكترونية التي يكون أطرافها مستهلكين عاديين لا يلحق بهم وصف التاجر، كذلك العقود التي تبرم بين المواطن والحكومة، من مثل: تسديد فواتير الكهرباء والماء والهاتف من خلال شبكة الإنترنت والخدمات الأخرى التي توفرها الحكومة الإلكترونية[1].

إنّ الضرورة البحثية تتطلب تسليط الضوء على موضوع التجارة الإلكترونية، من حيث تعريفها وأنماطها ومزايا وعيوب تلك التجارة، ثم نتناول العقد الإلكتروني من حيث التعريف والتمييز عن غيره من العقود وطبيعة هذا العقد القانونية.

وبما أن موضوع دراستنا ينصب على البحث في التراضي في العقود الإلكترونية، فلا بدّ من تناول العقد الإلكتروني في هذه الجزئية من الدراسة، من حيث التعريف وتمييزه عن غيره من العقود وكذلك البحث في الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود، وبيان مجالات هذه العقود في محاولة لوضع تصور عام لهذا النوع من العقود.

أولاً: ماهيّة التجارة الإلكترونية

تزامن ظهور ما يعرف بالتجارة الإلكترونية مع التطور الهائل في أنظمة المعلومات وتكنولوجيا الاتصالات، فقد نمت هذه التجارة الإلكترونية بشكل لافت، عزز هذا النمو الدعم الدولي المقدم من المنظمات والحكومات والشركات حول العالم التي سعت إلى سلوك طريق التجارة الإلكترونية لما يوفر هذا السبيل من مزايا.

وأدى هذا النمو إلى اتساع مجال التجارة الإلكترونية في الوقت الحالي

(1) سيتم بيان ماهية الحكومة الإلكترونية لاحقاً عند بحث أنماط التجارة الإلكترونية.

ليشمل التعامل التجاري الإلكتروني عبر شبكات الاتصال والمعلومات، "والتبادل الإلكتروني للبيانات الذي يعدّ عصب التجارة الإلكترونية والدعاية والإعلان عبر مواقع الويب، والتفاوض على الصفقات التجارية بالوسائل الإلكترونية، وإبرام العقود الإلكترونية والسداد الإلكتروني والالتزامات المالية الناجمة عن هذه العقود". (إبراهيم، 2005، ص: 20).

إن تناولنا للتجارة الإلكترونية كمدخل لدراسة العقد الإلكتروني يتطلب تعريف التجارة الإلكترونية وأنماطها في بند، ثم نتناول مزايا هذا النوع وعيوبه في بند آخر.

1- التعريف بالتجارة الإلكترونية[1]:

نظراً لحداثة التجارة الإلكترونية في نطاق الفكر القانوني لم يتبلور لها حتى الآن تعريف جامع مانع، ولعلّ السر في ذلك يرجع إلى نوع التقنية[2] المستخدمة في هذا النوع من التجارة، مما أدى إلى وجود أكثر من تعريف لها (حجازي، ص:18)، فقد تولى الفقه القانوني وكذلك المنظمات الدولية والتشريعات المختلفة تعريف التجارة الإلكترونية بتعريفات جمة.

واتسمت التعريفات التي تناولت مفهوم التجارة الإلكترونية بالتفاوت بين التوسع في التعريف والتضيُّق فيه، وأخرى قصرت النظر إلى التجارة الإلكترونية

---

(1) يجب التمييز بين مصطلح التجارة الإلكترونية Electronic-commerce ومصطلح الأعمال الإلكترونية Electronic-Business فهما مصطلحان مختلفان، فالأعمال الإلكترونية أوسع مجالاً وأكثر شمولية، إذ تشمل التجارة الإلكترونية والبنوك الإلكترونية والحكومة الإلكترونية وشركات التأمين الإلكترونية، في حين أن التجارة الإلكترونية نشاط تجاري ولاسيما التعاقدات حول طلب السلع والخدمات باستخدام وسائل إلكترونية، ضمن بيئة إلكترونية. (إبراهيم ، ص: 25).

(2) التقنية: تعريب مصطلح (تكنولوجيا Technology) وتعني استخدام وسائل مفيدة ناجمة عن تطبيق المعرفة العلمية في الحقول والمجالات المختلفة (حجازي، ص: 18).

من زاوية الوسيلة التي يبرم عقد التجارة الإلكترونية من خلالها. وفي ظل عدم وجود تعريف دولي موحد، لابد من إيراد بعض التعريفات التي وردت حول التجارة الإلكترونية في محاولة للخروج بتعريف أكثر شمولاً، وأقرب توصيفاً لهذا النشاط.

تعرف التجارة الإلكترونية بأنها: (عمليات تبادل باستخدام التبادل الإلكتروني للمستندات، والبريد الإلكتروني، والنشرات الإلكترونية، والفاكس، وتحويل الأموال بوساطة الوسائط الإلكترونية، وكذلك كافة الوسائط الإلكترونية المشابهة). (يونس، 2008، ص:27).

تعرف بأنها: (عرض المشروع للمنتجات والخدمات على موقع للإنترنت بغرض الحصول على طلبات من العملاء) (إبراهيم، ص:38).

عرفت كذلك بأنها: (العملية التجارية التي تتم بين طرفين - البائع والمشتري - وتتمثل في عقد الصفقات وتسويق المنتجات عن طريق استخدام الجانب الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت، وذلك دون الحاجة لانتقال الطرفين ولقائهما، بل يتم التوقيع إلكترونياً على العقد) (توكل، ص:21).

لم تتولَّ أغلب المنظمات الدولية تعريف التجارة الإلكترونية ومنها الأمم المتحدة (UN) التي وضعت قانوناً للتجارة الإلكترونية من خلال لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال)[1]. الذي خلا من تعريف محدد للتجارة الإلكترونية، ولربما كان خلو ذلك القانون من تعريف التجارة الإلكترونية يحمل في طياته قصداً بأن يترك أمر التعريف للفقه، ويؤيد الباحث

(1) الأونسترال: القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي تم وضعه من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي التي أنشئت بموجب قرار الجمعية العام للأمم المتحدة رقم 2205 (د ـ21) في كانون أول 1996، فقد اتخذت هذه اللجنة بجلستها رقم (85) تاريخ 16/ كانون أول 1996 قرارها بوضع هذا القانون.

مثل هذا التوجه، إذ إن إيراد تعريف بموجب قانون يعمل على التقيد في حين أن ترك هذه المهمة للفقه يفتح الباب أمام الفكر القانوني الفقهي، ويعطي شيئاً من المرونة التي تسمح باستيعاب ما قد يجدُّ من أمور يرى فيها الفقه أنها مشابهة للمقصد التشريعي، وأن بالإمكان اعتبار مستجدات الأمور مما ينطوي تحت لواء الفكرة العامة.

وفي هذا الصدد، عرفت منظمة التجارة العالمية[1] التجارة الإلكترونية بأنها: (عملية إنتاج وترويج وبيع وتوزيع المنتجات من خلال شبكة اتصال).

ويحسب لمنظمة التجارة العالمية هذا التعريف، إذ إنه لم يقتصر على تعريف التجارة الإلكترونية على شبكة الإنترنت فقط، بل يمكن أن تتم عقود التجارة الإلكترونية عن طريق وسائل إلكترونية أخرى مثل المنياتل[2] Minitel (توكل، ص:26).

وعرفت منظمة التعاون التنمية الاقتصادية[3] (GECD) التجارة الإلكترونية

---

(1) منظمة التجارة العالمية WTO: وهي منظمة دولية أنشئت بموجب (اتفاقية مراكش والتي تم التوقيع عليها في 15 أبريل 1994، وذلك من قبل ممثلي (118) دولة في مدينة مراكش المغربية، وتم إنهاء إجراءات التصديق، ودخلت حيز التنفيذ في أوائل سنة 1995 وتعمل هذه المنظمة على تحرير التجارة العالمية وتضم في عضويتها أكثر من 130 دولة من دول العالم). (لمزيد من التفاصيل يمكن الإطلاع على الموقع الإلكتروني للمنظمة www.wto.org).

(2) خدمة المنياتل تتحقق عن طريق جهاز يحمل ذات الاسم، وقد شاع استخدامه في فرنسا على نطاق واسع، اعتباراً من منتصف الثمانينيات من القرن الماضي، وتتم هذه الخدمة عن طريق جهاز يشبه جهاز الكمبيوتر المنزلي ولكنه صغير الحجم نسبياً، ويتكون من شاشة صغيرة ولوحة أزرار تشمل على الحروف والأرقام مثل تلك الخاصة بالكمبيوتر، وهي وسيلة اتصال مرئية لنقل الكتابة على الشاشة دون الصور، أي أنها وسيلة اتصال بوساطة الكتابة ويكفي لاستعماله أن يوصل بخط الهاتف وأخذ مكانة مهمة في عالم الاتصالات والمعلومات، كما استخدم لإبرام العقود (إبراهيم ، ص:28).

(3) منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية: منظمة دولية أسست عام 1961 وتضم في عضويتها حالياً (29) عضواً من الدول الصناعية الكبرى، وقد أدت طبيعة نشاط المنظمة إلى الاهتمام بحماية البيانات والمعلومات =

في تقرير نشرته بأنها: (جميع أنواع الصفقات التجارية التي تعقد سواء بين الإدارات أو الأفراد عن طريق المعالجة الإلكترونية للبيانات، أياً كانت تلك البيانات مقروءة أو أصواتاً أو صوراً مرئية).

أما الاتحاد الأوروبي European Union، فقد عرف التجارة الإلكترونية بأنها: (كل الأنشطة التي تتم بوسائل إلكترونية سواء تمت بين المشروعات التجارية والمستهلكين أو بين كل منها على حدة، وبين الإدارات الحكومية).

ويلاحظ أن الاتحاد الأوروبي أخذ بالمفهوم الواسع للتجارة الإلكترونية من حيث الموضوع، فهي تشمل السلع والخدمات، كذلك من حيث الأشخاص فوفق التعريف السابق تعدّ أنشطة المستهلكين فيما بينهم، أو بين الحكومة من التجارة الإلكترونية[1].

إن أهمية التجارة الإلكترونية على المستوى الدولي والمحلي كذلك صدور القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية قانون الأنوسترال ـ وفق ما يعرف ـ حمل الكثير من دول العالم إلى إصدار تشريعات منظمة للتجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية وتولت هذه التشريعات تعريف التجارة الإلكترونية.

منها قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم (2) لسنة 2002 الذي عرف التجارة الإلكترونية في المادة (2) بأنها: (المعاملات التجارية التي تباشر بواسطة المراسلات الإلكترونية).

أما قانون المعاملات الإلكترونية الأردني[2]، فإنه لم يضع تعريفاً للتجارة

=

والتركيز على تعزيز التجارة، والتقدم الاقتصادي بين الدول الأعضاء. للمزيد موقع المنظمة www.oecd.org.

(1) تراجع ذات الفكرة (إبراهيم، ص: 17 ـ 18).

(2) صدر قانون المعاملات الإلكتروني الأردني رقم (85) عام 2001 وتم نشره في عدد الجريدة الرسمية الأردنية رقم 4524 تاريخ 2001/12/31.

الإلكترونية، غير أن المادة (2) عرفت المعاملات الإلكترونية بأنها: (المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية).

وقد سار المشرع المصري من خلال مشروع قانون التجارة الإلكترونية على ذات النهج فقد عرفت المادة (2) المعاملة الإلكترونية بأنها: (كل معاملة تجارية تتم عن بعد باستخدام وسيلة إلكترونية)(1).

وبناء على ما تقدم، يمكن القول: إنه لا خلاف بين التجارة التقليدية والتجارة الإلكترونية إلا في طريقة إنجازها والتعامل بها، إذ تتم بطريقة إلكترونية (يونس، ص:84).

على الرغم من الاختلاف في التعريفات لمفهوم التجارة الإلكترونية إلا أنها في مجملها تستند إلى ثلاثة عناصر، هي: النشاط التجاري، والدعائم الإلكترونية ـ استخدام الإنترنت ووسائل الاتصال الحديثة ـ، والعولمة، فإذا ما توافرت هذه العناصر كنا بصدد تجارة إلكترونية، وإذا تخلف أحدها تخلف وصف التجارة الإلكترونية(2).

لما تقدم، يرى الباحث أنه يمكن تعريف التجارة الإلكترونية بأنها : (أي عمل تجاري سواء أكان موضوعه سلعة أم خدمة يتم من خلال شبكة الإنترنت أو وسيلة من وسائل الاتصال).

---

(1) تجدر الإشارة إلى أنه قد صدر في مصر قانون التوقيع الإلكتروني رقم (15) لسنة 2002 وحسن فعل المشرع المصري، ونحن في استحسان ذلك نخالف وجهة النظر التي تنتقد المشرع المصري بإصدار مثل هذا القانون وعدم إصدار قانون التجارة الإلكترونية (راجع وجهة النظر هذه لدى إبراهيم، ص:37)، ذلك أنه من وجهة نظرنا أن تنظيم التجارة الإلكترونية لا يتطلب التطرق لمعالجة كافة الجوانب والتي من الممكن معالجتها قانونياً من خلال القواعد العامة، بل لابد من اقتصار التشريع على تلك الجوانب التي لا تتاول قانوني لها من أحكام القانون التقليدي، وهذا ما سار عليه المشرع الياباني حين أصدر تشريعاً متعلقاً بالتوقيع والتوثيق الإلكتروني.

(2) راجع في ذات التوجيه، (عبد الرحمن، 2007، ص: 20).

2- أنماط التجارة الإلكترونية:

أفرزت التجربة العملية لانتهاج سياسات التجارة الإلكترونية سواء أكان من قبل القطاع الحكومي، أم القطاع الخاص العديد من أنماط استخدامها، تتوع هذه الأنماط تبعاً لتنوع أطرافها وفق البيان التالي:

أ- تجارة إلكترونية بين قطاع الأعمال Business to Busies (B2B):

يتم هذا النمط من التجارة الإلكترونية بين التاجر أو بين الشركات، ويكون أطراف العلاقة التجارية تاجراً فيما بينهم أو شركات أو قطاع أعمال، إذ يتم تبادل البيانات الإلكترونية بين هؤلاء الأطراف، مثال ذلك تعاقد تاجر مع مورد للحصول على سلعة أو خدمة معينة يتم طلبها عن طريق الإنترنت، أو أية وسيلة إلكترونية، ويسلّم التاجر الفواتير، ويقوم بدفع الثمن إلكترونياً. (محاسنة، 2004، ص:323).

"ويعد هذا النوع من التجارة الإلكترونية الأكثر انتشاراً، لأن الغالبية العظمى من معاملات التجارة الإلكترونية تتم بين الشركات التجارية الدولية"[(1)]. (يونس، 2008، ص:86).

ب- تجارة إلكترونية بين التاجر والمستهلكين Business to consumers (B2C) :

أطراف هذا النمط هم التجار أو الشركات والمستهلكون، إذ يقوم التجار

---

(1) هنالك دراسات أجرتها العديد من مراكز الأبحاث المتخصصة بالتجارة الإلكترونية تبين أن أقدم أنماط التجارة الإلكترونية هي التجارة الإلكترونية بين قطاع الأعمال، وقد بدأ ذلك تاريخياً في عالم صناعة السيارات بين الشركات الصانعة والشركات المنتجة للمواد الأولية لهذه السيارات، ويغلب هذا النمط من التجارة الإلكترونية على أكثر من (80 ـ 90٪) من التعاملات الإلكترونية الأكثر قيمة وأهمية اقتصادية، فقد أشارت مؤسسة (e - Marketer) لأبحاث التجارة الإلكترونية أن التعامل وفق هذا النمط يعادل ستة أمثال قيمة أمثال قيمة التجارة الإلكترونية بين قطاع الشركات والمستهلكين (العارف، د.ت، ص: 10،11) بحث منشور على الإنترنت على الموقع www.minshawi.com/vb/atkumen.php. وقت تاريخ الزيارة: 2012/3/4 الساعة 2.30م.

أو الشركات بعرض بضاعتهم أو خدماتهم عبر شبكة الإنترنت لاطلاع المستهلكين من خلال ما يعرف بالمتاجر الافتراضية[1] التي تقوم بشراء هذه البضاعة والخدمات ودفع ثمنها عبر الشبكة.

ويواجه هذا النوع من التجارة الإلكترونية كثيراً من العقبات التي تتعلق بالضمانات لأطراف هذا العقد والسرية للبيانات المتبادلة (أبو الهيجاء، ص:42). لذا، جاءت التشريعات في العديد من الدول التي تحث على إصدار قواعد قانونية تتعلق بحماية المستهلك[2]، وظهرت العديد من المواقع الإلكترونية التي تهدف إلى حماية المستهلك مثل www.consumar.co[3].

ج- **تجارة إلكترونية بين المستهلكين Consumer to consumer (C2C):**

انتشر هذا النمط بانتشار استخدام الإنترنت، ويستطيع المستهلك أن يعرض ما لديه من سلع أو خدمات من خلال الشبكة، وباستخدام مواقع مخصصة لهذه الغاية (صحف إعلانية إلكترونية، متاجر إلكترونية) تتيح للمستهلكين الاطّلاع على ما تم عرضه، ليقوم بشراء ما تم عرضه من سلع وخدمات.

---

(1) المتاجر الافتراضية (المراكز التجارية على الإنترنت) Virtaal shopping malls.
هي أسواق يتم إنشاؤها على شبكات الإنترنت، ويقوم التجار والشركات التجارية بعرض منتجاتهم عبرها بطريقة تسمح للمستهلك الاطلاع على كل التفاصيل المتعلقة بهذا المنتج؛ ويهدف إنشاء هذا التاجر إلى إيجاد أسواق جديدة وخلق فرص تجارية أكبر بكلف أقل. (سيتم لاحقاً تناول هذا الموضوع بشكل تفصيلي، في سياق تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المحيطة به في البيئة الإلكترونية) .

(2) نص القانون النيوزلاندي على حماية المستهلكين ضمن أحكام قانون التجارة الإلكترونية، فقد أكدت نصوص القانون على ضرورة تزويد المستهلك بجميع البيانات المتعلقة بالبيع، وتزويده كذلك بنسخة من العقد . للمزيد:
www.webpagecontent.com/are-arcuive/82/5 .

(3) www.consumer.ca هي رابطة للمستهلكين في كندا، ومنظمة غير ربحية تقدم العديد من المعلومات التي تهم المستهلكين وتحميهم من الغش التجاري والوقوع في بعض الأخطاء التي تحرمهم من حقوقهم. (أبو الهيجاء، ص: 43).

د- تجارة إلكترونية أحد أطرافها الحكومات[1]:

تكون الدولة وفق هذا النمط أحد أطراف التعامل من خلال بوابات إلكترونية على الشبكة يتبعها ما يعرف الحكومة الإلكترونية، وتقسم إلى ثلاثة أشكال هي:

1. تجارة إلكترونية بين تاجر وحكومة: يشمل هذا النمط من التجارة الإلكترونية جميع التعاملات التي تتم بين قطاع الأعمال (تجار، شركات) والإدارة الحكومية، ومثال على ذلك "قيام دوائر الدولة بطرح عطاء عبر الإنترنت، إذ تقوم الشركات بالمشاركة، وإرسال المعلومات المطلوبة ويتم إعلان نتائج العطاء، وإرسال التبليغات اللازمة عبر الإنترنت" (محاسنة، ص:323).
2. تجارة إلكترونية بين مستهلكين وحكومة: انتشر هذا النمط في الآونة الأخيرة، ومن أمثلته قيام المواطنين بدفع التزاماتهم تجاه الحكومة أو إنجاز معاملاتهم عن طريق الإنترنت، ويستطيع الفرد دفع الضرائب، والحصول على وثائقه كرخصة القيادة عن طريق الإنترنت.
3. تجارة إلكترونية بين الحكومات (G2G): يظهر هذا النمط في المجالات التي تستلزم التعامل بين الحكومات.

---

(1) يطلق على هذا النمط من التجارة في عمومه مصطلح الحكومة الإلكترونية: E-Government تعني استخدام الإنترنت لتقديم معلومات وخدمات الحكومة للمواطنين، وتعرف كذلك بأنها نظام حديث تبنته الحكومات باستخدام الشبكة العنكبوتية العالمية والإنترنت في ربط مؤسساتها بعضها ببعض، وربط مختلف خدماتها بالمؤسسات الخاصة والجمهور عموماً. ووضع المعلومات في تناول الأفراد، وذلك لخلق علاقة شفافة تتصف بالسرعة والدقة تهدف للارتقاء بجودة الأداء والخدمات التي تقدمها والوصول إلى رضا الجمهور.

ويعتقد أن أول استخدام لمصطلح الحكومة الإلكترونية قد ورد في خطاب الرئيس الأمريكي بيل كلينتون عام 1992 (كتانة، 2009 ص:261).

3- مزايا التجارة الإلكترونية وعيوبها:

تتمتع التجارة الإلكترونية بعدد من المزايا، ويؤخذ عليها في الوقت ذاته بعض العيوب، التي سيتطرق الباحث إلى تفصيلها لاحقاً.

أ- مزايا التجارة الإلكترونية:

تمتاز التجارة الإلكترونية عن التجارة التقليدية بعدد من المزايا، هي:

1. توفير نفقات الاتصال، وتوفير الوقت والنفقات اللازمة للتسويق والتنقل (برهم، ص: 18).
2. تنتج ممارسة التجارة الإلكترونية إمكانية الدخول إلى الأسواق العالمية، وتحقيق عائد أعلى من ذلك الذي تحققه من ممارسة التجارة بشكل تقليدي. فالصفة العالمية للتجارة الإلكترونية ألغت الحدود والقيود أمام دخول الأسواق التجارية، وبفضلها تحول العالم إلى سوق مفتوح أمام المستهلكين بغض النظر عن الموقع الجغرافي للبائع أو المشتري وهذا الأمر يدعو إلى تحرير التجارة الإلكترونية من كل القيود دون الحاجة إلى عقد الاتفاقيات التجارية الدولية (عرب، 2001، ص: 364).
3. تجنب مخاطر تراكم مخزون البيانات، لسهولة تخزينها لحظة استلامها فضلاً عن تقليل مخاطر تراكم مخزون البضائع، وذلك بتقليل الزمن الذي تستغرقه معالجة البيانات المتعلقة بالمبيع (أبو الهيجاء، ص:62).
4. ساعدت التجارة الإلكترونية في تحسين جودة العمل ونوعيته، وساعدت الشركات والمؤسسات في إدارة عملياتها بأسلوب أكثر فاعلية ودقة، مما خفض الوقت المطلوب لمعالجة البيانات، وجعل تفسير

المعلومات أكثر دقة، وقضى على الوقت الضائع في العمل المؤسسي (المومني، 2003، ص:29).

5. حسّنت كثيراً في عملية التنسيق والتخاطب والاتصال مع الزبائن والمزودين على حد سواء (الطيطي، 2008، ص:36).

ب- عيوب التجارة الإلكترونية:

على الرغم من تمتع التجارة الإلكترونية بمزايا عدّة، غير أنها لا تخلو من عيوب، هي على النحو الآتي:

1. عدم التحقق من شخص المتعاقد الأمر الذي يترتب عليه إمكان الوقوع في عمليات احتيال (أبو الهيجاء، ص:64).
2. عدم كفاية عنصر الأمان بالنسبة للبيانات المقدمة، أو لوسائل الدفع والسداد (برهم، ص: 19).
3. مخالفة القانون والنظام العام والآداب من خلال نشر والاتجار بما هو محظور في الأسواق المحلية، كالأفلام الإباحية (أبو الهيجاء، ص: 64).

ثانياً: مفهوم العقد الإلكتروني

تحديد مفهوم العقد الإلكتروني يتطلب تعريف هذا العقد، ومن ثم تمييزه عن غيره من العقود وبيان الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني.

1- تعريف العقد الإلكتروني:

لا يخرج العقد الإلكتروني عن المفهوم العام للعقود، وهو في حقيقته عقد عادي يكتسب خصوصية من الوسيلة التي ينعقد أو يتم إبرامه من خلالها.

أ- **العقد في اللغة والاصطلاح والقانون:**

العقد في اللغة:

العقد "من الفعل الثلاثي عَقْدَ، وعقد الحبل، وتحول أي جعل فيه عقدة، وعقد طرفي الحبل، أي وصل أحدهما بالآخر بعقد تمسكها فأحكم وصلها". (مصطفى، 1961م ص: 620).

ويراد به: "العهد والجمع عقود، ويقال: عهدت إلى فلان في كذا وكذا أي ألزمته" (ابن منظور، 1997، ص: 386).

يتبين أن "العقد يطلق على الشد والأحكام والتوثيق والتوكيد والإلزام والتقوية". (الفيومي، 1931، ص: 573 مادة (عقد)).

العقد في الاصطلاح:

أطلق غالبية الفقهاء ـ فقهاء الشريعة الإسلامية ـ لفظ العقد على كل تصرف، ويمكن أن يرتّب أثراً شرعياً، سواء أكان هذا التصرف يقوم على إرادتين كما البيع، أم أنه يقوم على إرادة واحد كالوصية. " غير أن هذا التوجه لا يقره بعض الفقهاء كالأحناف الذين يريدون بالعقد المعنى الخاص وهو التصرف الذي يتم بين طرفين، وتنشأ عنه التزامات تقوم بينهما"، ولذلك عرفوا العقد بأنه: (ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما ينشأ عنه أثره الشرعي) (الفضل، 1996 ص: 38)، وإلى ذلك ذهب فقهاء الشريعة المعاصرون، فقد أطلقوا لفظ العقد على كل تصرف قانوني يقوم على إرادتين فقط. وعرفت المادة (262) من المرشد الحيران العقد على أنه: "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به للآخر" (قدري باشا، 1938: ص:66).

أما مجلة الأحكام العدلية، فقد عرفت العقد بأنه: (التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً، وهو عبارة عن ارتباط يتم بالإيجاب بالقبول).

العقد في الفقه القانوني:

يميز بعض فقهاء القانون بين العقد والاتفاق، فقد عدّوا أن الاتفاق أعم من العقد؛ لأنّ الاتفاق جنس والعقد نوع، ويعرفون الاتفاق بأنه: (اجتماع إرادتين على إنشاء التزام، أو نقله أو تعديله، أو زواله، في حين يعرفون العقد على أنه: اجتماع إرادتين على إنشاء الالتزام أو نقله)[1].

"ويزعم أصحاب هذا التوجه في التفرقة بين العقد والاتفاق إلى أن جدوى هذه التفرقة تظهر في الأهلية، إذ إن الأهلية المطلوبة في عقد ينشئ الالتزام ليست كالأهلية المطلوبة في اتفاق ينهي الالتزام" (بدوي، **1943**. ص: **44**) "غير أنه لا أهمية لهذا التمييز من وجهة نظر أغلب الفقهاء. ويرون أنها عديمة الجدوى من الناحية العملية. لذا؛ يذهب الشراح إلى أنه لا فرق بين العقد والاتفاق" (سلطان، **1987**، ص: **10**).

ومن التشريعات المدنية التي لم تورد تعريفاً محدداً للعقد القانون المدني المصري الذي ترك المجال للفقه باعتبار أن التعريف من عمل الفقه وليس من صميم عمل المشرع، وتولى جانب آخر من التشريعات تعريف العقد منها القانون المدني الأردني والذي عرف العقد في المادة (87) على أنه: (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر).

عرّف المشرع العراقي في المادة (73) من القانون المدني العراقي بأنه: (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه).

---

(1) (انظر في ذلك السنهوري، 1952، ص: 137).

عرَّف المشرع اللبناني العقد في المادة (165) من قانون الموجبات والعقود بأنه: (الاتفاق والالتئام بين مشيئة وأخرى لإنتاج مفاعيل قانونية وإذا كان يفضي إلى إنشاء علاقات إلزامية سمي عقداً).

وخلاصة القول: إنه حتى نكون بصدد عقد يخضع إلى أحكام النظرية العامة للالتزامات يجب أن تتوافر في هذا العقد ثلاثة أمور هي:

أولاً: توافق إرادتين، وهذا ما يميز العقد عن التصرف القانوني بإرادة منفردة، ولا يلزم أن تتوافق الإرادتان على جمع المسائل التفصيلية للعقد، وإنما يكفي الاتفاق على المسائل الجوهرية.

ثانياً: يجب أن تتجه الإرادتان إلى إحداث أثر قانوني، سواء أكان هذا الأثر إنشاء التزام كما في عقد البيع الذي ينشأ بموجبه التزام على البائع بنقل ملكية المبيع والتزام على عاتق المشتري بدفع الثمن، أم كان الأثر نقل التزام كما في الحوالة.

ثالثاً: يجب أن يكون تطابق الإرادتين في إطار القانون الخاص، فالمعاهدات الدولية وعلى الرغم من أنه يترتب على إبرامها إحداث أثر قانوني إلا أنها لا تعدّ عقداً ولا تخضع إلى الأحكام العامة للالتزامات بل تحكمها قواعد القانون العام، واتفاق الموظف مع الحكومة من أجل التعيين في الوظيفة العامة، لا يُعدّ عقداً كذلك، ويخضع إلى أحكام القانون الإداري.

ب- تعريف العقد الإلكتروني:

العقد الإلكتروني في الإطار العام لا يخرج عن أنه عقد يخضع إلى الأحكام العامة للالتزامات[1] غير أنه يتمتع بخصوصية عن غيره من العقود التقليدية التي تتركز حول العنصر الإلكتروني في هذا العقد، إذ يتم ترويج

(1) Edwards, 1993, p.16.

السلع والخدمات وتبادلهما، وإتمام الصفقات باستخدام وسائل الاتصال الحديثة عن بعد (منصور، ص: 2003).

أثارت خصوصية العقد الإلكتروني وحداثته العديد من وجهات النظر حول تعريف هذا العقد فقد اتجه الفقه إلى محاولة تعريفه، وكذلك تولّت بعض التشريعات تعريف العقد الإلكتروني.

عرف الفقه العقد الإلكتروني وفقاً للزاوية التي نظر من خلالها إلى هذا العقد، وينظر البعض إلى العقد الإلكتروني باعتباره عقداً من عقود المسافة ـ أي العقود التي تبرم عن بعد ـ وينظر إليه البعض الآخر من جانب أنه عقد يتسم غالباً بالصفة الدولية، وجانب آخر يأخذ بالاعتبار الوسيلة التي يتم من خلالها، وهي وسائل الاتصال الحديثة والتي من بينها شبكة الإنترنت.

وذهب جانب من الفقه إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل". (مجاهد، ص:39).

يلاحظ أن هذا التعريف يركز على أن العقد يتم بين أطراف متباعدين لا يجمعهم مجلس واحد مع وجود معاصرة زمنية بين أطراف العقد، مما يشكل ميزة للعقد الإلكتروني عن غيره من العقود التقليدية التي تبرم عن بعد، يكون فيها فارق زمني بين الإيجاب والقبول.

وكذلك يوضح التعريف السابق الفارق بين العقد الإلكتروني والعقود التقليدية التي تبرم عن بعد، إلا أنه يؤخذ على هذا التعريف عدم توضيحه النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب والقبول[1].

وذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه: "العقد الذي

(1) انظر في ذلك (إبراهيم، ص: 52)، (حجازي، ص:44).

تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها بالوسائل التكنولوجية المتعددة Multimedia وبخاصة شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) من جانب أشخاص موجودين في دولة أو دول مختلفة، بقبول يمكن التعبير عنه من خلال الوسائط ذاتها لإتمام العقد" (الديمياطي، 2008، ص:37). ويلاحظ أن هذا الجانب من الفقه قد ذهب إلى تعريف العقد اعتماداً على الصفة الدولية التي يتسم بها التعاقد الإلكتروني.

وقد عرف العقد الإلكتروني بالنظر إلى الوسيلة الإلكترونية التي يتم من خلالها الدفع بأنه: (العقد الذي ينطوي على تبادل الرسائل بين البائع والمشتري، وتكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونية، وتنشئ التزامات تعاقدية) (مطلق، 2007، ص:83).

أو هو: (العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كلياً أو جزئياً وتتمثل الوسيلة الإلكترونية في كل وسيلة كهربائية أو مغناطسية أو ضوئية أو إلكترومغناطسية أو أية وسيلة مشابهة صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين) (ناصيف، ص:36).

ويرى الباحث ـ على الرغم من النقص الذي يعتري هذا التعريف من جانب ـ أنه لم يوضح الأثر القانوني، ولا ينال منه بشكل مباشر؛ ذلك أنه احتوى على جانب إيجابي، فقد وسّع من مفهوم الوسيلة الإلكترونية، وترك الباب أمام الفقه للاجتهاد في حال ظهور وسائل وتقنيات جديدة، ولم يحصر هذه الوسائل بالإنترنت فقط، بل إنه امتد إلى تقنيات تكنولوجية أخرى.[1]

(1) يظهر في الأفق وسيلة جديدة يطلق عليها اسم الفضاء المصطنع، وتستبدل هذه الوسيلة شاشة الحاسوب بنظارات حساسة للحركة تدور في كل الاتجاهات، وتستبدل فأرة الحاسوب بكرة صغيرة متحركة بما يتيح للمستعمل التحرك بسهولة في فضاء حقيقي أو خيالي، دون استعمال أوامر أو رموز أو نصوص. (الجمال، 2005، ص:67).

وتولت التشريعات تعريف العقد الإلكتروني، ومنها التوجه الأوروبي الصادر في (20) مايو 1997، المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، فقد عرفت المادة الثانية منه التعاقد المبرم عن بعد Remote Contract بأنه: (أي عقد متعلق بالسلع والخدمات التي يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، الذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية، حتى إتمام العقد).

وعرَّف المشرع الأردني العقد الإلكتروني بموجب قانون المعاملات الإلكترونية بأنه: (الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً)[1].

وعرَّف المشرِّع المصري العقد الإلكتروني في مشروع قانون التجارة الإلكترونية في المادة (1) بأنه: (كل عقد تصور فيه إرادة أحد الطرفين، أو كليهما، أو يتم التفاوض بشأنه، أو قبول وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني)، أما المشرع الإماراتي فقد نأى بنفسه عن تعريف العقد الإلكتروني، وعرف المعاملات الإلكترونية بموجب نص المادة (2) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم (2) لسنة 2002 بأنها: (أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بوساطة المراسلات الإلكترونية).

ويرى الباحث من خلال تناول التعريفات المختلفة للعقد الإلكتروني أن صعوبة الوصول إلى تعريف محدد للعقد الإلكتروني يعزى إلى وجود لبس في العديد من المفاهيم المحيطة بهذا العقد.

ويحاول الباحث من خلال العرض الآتي وضع هذه المفاهيم في إطارها، وبيان حدودها الفاصلة من خلال الإجابة عن التساؤلات الآتية:

(1) سيتم لاحقاً تناول هذا التعريف بعد بيان وجهة نظر الباحث الخاصة بتعريف العقد الإلكتروني.

1- هل عقد التجارة الإلكتروني والعقد الإلكتروني مفهومان مستقلان متميزان عن بعضهما؟ أم أنهما وجهان لعملة واحد؟
2- ما الوسائل التي إذا ما تم استخدامها للتعاقد أطلق على العقد المبرم من خلالها وصفاً إلكترونياً؟
3- ما المرحلة التعاقدية التي يتم فيها استخدام هذه الوسائل لكي يُعَدُّ العقد إلكترونياً، وهل هنالك مراحل للعقد قد تستخدم فيها وسيلة من تلك الوسائل، ولا يُعدُّ العقد عندها عقداً إلكترونياً؟

ويرى الباحث أيضاً أن العديد من الفقه والتشريعات قد اتجهت إلى تعريف التجارة الإلكترونية؛ باعتبارها عقداً إلكترونياً، وهذا من وجهة نظر الباحث خلط يستوجب التوضيح كما نمت الإشارة إليه سابقاً[1]، تأسيساً على هذا البيان السابق لمفهوم التجارة الإلكترونية. ويمكن القول: إن العقد الإلكتروني يشكل القاعدة العامة ويمثل عقد التجارة الإلكترونية. القاعدة الخاصة، إذ إن عقد التجارة الإلكترونية هو نوع من العقود الإلكترونية. وعليه، يمكن تصور وجود عقد إلكتروني دون أن يكون هذا العقد عقد تجارة إلكترونية كتلك العقود التي تبرم بين أطراف لا يلحق بهم وصف التاجر، مثل العقود التي تبرم بين المستهلكين أنفسهم أو بين المستهلكين والحكومة.

ومما تقدم، فإنه يتوجب عدم الذهاب إلى أن تعريف التجارة الإلكترونية يمثل تعريفاً للعقد الإلكتروني ـ من وجهة نظر الباحث ـ فضلاً عن أن التعريفات التي تناولت بيان مفهوم التجارة الإلكترونية لا يمكن تعميمها واعتبارها التعريف الأمثل للعقد الإلكتروني. أما التساؤل الثاني، فيدور حول الوسائل المستخدمة في إبرام التعاقد، وهل أن كل تلك الوسائل إذا ما استخدمت في العقد تلحق به

(1) انظر ما تقدم من تعريف التجارة الإلكترونية، ص: 17 ـ 22.

وصفاً إلكترونياً، أو أنه يمكن قصر التعاقد الإلكتروني على تلك العقود التي تبرم عبر الشبكات (الإنترنت) فقط؟

ويرى الباحث أن جانباً من الفقه والتشريع قد عالج المسألة عند بيان الوسائل التي تبرم من خلالها العقود الإلكترونية التي تشمل وسائل الاتصال الحديثة، بل جاءت بعض التعريفات إلى بيان الوسائل الإلكترونية التي قد تكون كهروبائية، أو مغناطيسية، أو ضوئية، أو أية وسيلة مشابهة.

وعليه؛ لم يتم حصر العقد الإلكتروني بوسيلة معينة، بل يمكن أن يمتد تعريف العقد الإلكتروني ليشمل العديد من الوسائل التي قد يتوصل إليها العقل البشري، بهدف ابتكار كلّ ما هو جديد[1].

من هنا، يرى الباحث ـ تأسيساً على ما تقدم ـ أن ما ذهب إليه بعضهم من اقتصار تعريف العقد الإلكتروني في ذلك العقد المبرم عبر الشبكات (الإنترنت) يشكل اجتهاداً مبنياً على أن الصورة الفضلى للتعاقد الإلكتروني هي التي تتم من خلال الإنترنت لا أكثر من ذلك.

والتساؤل الثالث المتعلق بالمرحلة التي يتم التعاقد فيها استخدام الوسيلة الإلكترونية أو وسائل الاتصال الحديثة لاعتبار العقد إلكترونياً.

والعقد بالمفهوم التقليدي يمر بمراحل مختلفة بدءاً بمرحلة التكوين ومرحلة إنتاج الآثار والانقضاء، من هنا، جاء التساؤل تأسيساً على تلك المراحل، فهل يعد العقد إلكترونياً إذا ما تكون وانعقد إلكترونياً وتم تنفيذه بالطريقة التقليدية؟ وهل يُعد تنفيذ (العقد) إلكترونياً فقط، أم لا كما في حالة شراء البرمجيات بالطرق التقليدية التي يتم فيها تنفيذ العقد إلكترونياً من خلال تحميل تلك البرامج إلكترونياً؟

---

(1) انظر فيما تقدم من هذه الأطروحة بيان لجانب من الوسائل المتصور استخدامها، ص:32.

ويرى الباحث أن إيراد عبارة (كلياً أو جزئياً) في العديد من التعريفات التشريعية، ومنها قانون المعاملات الإلكترونية الأردني تشكل مسعى لوصف العقد إلكترونياً سواء تم العقد كله عبر وسيلة إلكترونية أو تمت إحدى مراحله عبر هذه الوسيلة. ولعلّ أهم مراحل العقد هي مرحلة تكوين العقد وإبرامه؛ أي مرحلة التفاوض وتلاقي الإيجاب بالقبول، فإذا ما تمت هذه المرحلة عبر وسيلة إلكترونية عُدَّ العقد إلكترونياً. فالحد الفاصل بين وصفنا العقد إلكترونياً أم لا، هو مرحلة التكوين وليست مرحلة التنفيذ؛ لأنها مرحلة انعقاد وانصراف إيرادات القابل والموجب لإبرام هذا العقد.

نجد تأييداً لما تقدم تعريف المشرع المصري للعقد في مشروع قانون التجارة الإلكتروني، فقد عدّ العقد إلكترونياً إذا ما تمت المفاوضات السابقة إلكترونياً، أو تم تبادل إرادة أحد المتعاقدين إلكترونياً، أو تم تبادل الوثائق كلياً أو جزئياً عبر وسيلة إلكترونية، وفي السياق ذاته ذهب المشرع الأردني عند تعريفه العقد الإلكتروني بالرغم من عدم الوضوح المطلق لدى المشرع الأردني في هذا الباب.

في ضوء ما سبق، يجد الباحث المجال متاحاً لمناقشة تعريف المشرع الأردني للعقد الإلكتروني، عرفه بأنه: (الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً). ويلاحظ على هذا التعريف ما يأتي:

1- ابتعاده عن التعريف التقليدي للعقد الذي ركز على ارتباط الإيجاب بالقبول وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، فلماذا مثل هذا الابتعاد مع أنه كان بالإمكان إضافة عبارة (من خلال وسيط الكتروني) بعد عبارة ارتباط الإيجاب والقبول لتمييز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي؟!

2- استخدام كلمة الاتفاق في التعريف يؤدي حتماً إلى الدخول في الخلاف الحاصل فقهياً بشأن الفرق بين العقد والاتفاق وما أثير حولهما من جدل[1].

3- أغفل المشرع الأردني في هذا التعريف مرحلة التفاوض في التعاقد الإلكتروني على الرغم من اعتبارها مرحلة أساسية في التعاقد.

4- خلا التعريف أعلاه من الإشارة إلى النتيجة المترتبة على التعاقد المتمثلة في إنشاء التزامات تعاقدية.

وتأسيساً على ما تقدم، يرى الباحث أنه يمكن تعريف هذا العقد بأنه: (ارتباط القبول بالإيجاب بين إرادتين من خلال وسيلة إلكترونية، وتوافقهما من أجل إحداث أثر رتبه القانون).

ويرجع السبب في تفضيل الباحث لهذا التعريف إلى أنه يغطي كافة الجوانب الخاصة بالعقد عبر الوسائل الإلكترونية، فهذا التعريف لم يبتعد عن تعريف العقد التقليدي والأساسيات القانونية التي تعد دعامة لإنشاء العقد على وجه العموم، مع إبراز الخصوصية للعقد الإلكتروني من خلال التقاء الإرادات من خلال وسيلة إلكترونية، وكذلك ترك المجال مفتوحاً أمام ما قد يتوصل إليه العقل البشري من وسائل أو تقنيات حديثة، يكون لها أثر كبير في التعاقد الإلكتروني.

2- تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود:

يتطلب تميّز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود تميزه عن العقد التقليدي ابتداءً، كما وأن نشأة العقد الإلكتروني في البيئة الإلكترونية تحدث خلطاً بين هذا العقد والعقود المبرمة في ذات البيئة.

(1) انظر تفصيل ذلك ما تقدم في معرض العقد في الفقه القانوني، ص: 27.

أ- **تمييز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي:**

سبق بيان[1] تعريف العقد التقليدي وخلصنا إلى أنه: ارتباط القبول بالإيجاب بين إرادتين وتوافقهما على إحداث أثر قانوني.

وخلصنا[2] إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه: (ارتباط القبول بالإيجاب بين إرادتين من خلال وسيلة إلكترونية وتوافقهما من أجل إحداث أثر يرتبه القانون). من هنا، نجد أن العقد التقليدي والعقد الإلكتروني كلاهما يتفقان في أنهما ينعقدان بتوافق القبول والإيجاب.

"ويتم العقد التقليدي بين شخصين حاضرين من حيث الزمان والمكان، إذ يتم تبادل الإيجاب والقبول في مجلس العقد" (إبراهيم،ص:67)؛ أي أن انعقاد العقد على هذا النحو يتطلب التواجد المادي لطرفي العقد، وبذلك يكمن الفارق الجوهري بين العقد التقليدي والعقد الإلكتروني الذي يتم بين شخصين منفصلين من حيث المكان، ومن ثم انتفاء صفة الوجود المادي في العقد الإلكتروني التي تعد من ميزات العقد التقليدي.

ب- **تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المحيطة به في البيئة الإلكترونية:**

انعكس التطور الحاصل في تكنولوجيا المعلومات إيجاباً على التعاقد الإلكتروني عبر الشبكة، فظهرت أنواع جديدة من العقود الإلكترونية، ويستوجب تنوع تلك العقود تقسيمها إلى فئات وفق أسس يقررها الفقه[3]. أول الأسس التي اعتمدها الفقه القانوني لتقسيم عقود التجارة الإلكترونية، هو: مدى ارتباط تنفيذ هذه العقود بالإنترنت، فالعقود الإلكترونية وفقاً لذلك هي:

---

(1) راجع ما تقدم ص: 27.

(2) انظر في ذلك ما تقدم، ص: 37.

(3) انظر تفصيل تقسيمات العقود الإلكترونية (مجاهد، ص: 145)، (يونس، ص: 189)، (نصر، 2009، ص: 51).

- عقود تبرم وتنفذ عبر الشبكة، ويتم التعاقد وتنفيذ العقود على الشبكة ذاتها، وغالباً ما يكون محل هذه العقود معلومات غير مادية، ومن أمثلتها عقد الحصول على المعلومات.
- عقود يتم التعاقد عليها عبر الشبكة، ويتم تنفيذها خارج الشبكة، ومحل هذا النوع من العقود يكون مادياً ملموساً مثل: السلع، والمنتجات المختلفة، ويتم التعاقد على السلع والمنتجات عبر الشبكة، كذلك تنفيذ التعاقد في العالم الخارجي الملموس خارج الشبكة.

والأساس الثاني الذي يتم اعتماده لغايات تقسيم العقود الإلكترونية هو النظر إلى أطراف هذه العقود، فقد قسمت عقود تنعقد بين مستهلكين، وأخرى تتم بين المهنيين.

ويطول الحديث عن أنواع العقود الإلكترونية، غير أن ما نسعى إلى بيانه هو طائفة العقود التي تبرم بسبب التجارة الإلكترونية، من أجل تحقيقها دون أن تكون التجارة الإلكترونية محلاً لها، لما لهذه الطائفة من ارتباط بالعقد الإلكتروني، بالإضافة إلى ضرورة وجود هذا العقد. ويمكن تقسيم هذه الطائفة من العقود إلى مجموعتين، سيسعى الباحث إلى بيان أبرزها على النحو الآتي:

المجموعة الأولى: عقود الخدمات الإلكترونية

يقصد بعقود الخدمات الإلكترونية: (تلك الخاصة بتجهيز وتقديم خدمات الإنترنت وتقديمها وكيفية الإفادة منها، أي تلك التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات تلك الشبكة والمستفيدين منها) (منصور، ص:26).

وتتنوع هذه العقود، بحيث يصعب حصرها، فذلك ليس بالأمر السهل، ومن أهم هذه العقود ما يأتي:

1- عقد الدخول الفني إلى الإنترنت.

2- عقد الإيواء.

3- عقد المتجر الافتراضي.

1- عقد الدخول الفني إلى الإنترنت Le Contrat d'acces a Internet أو عقد الاشتراك بالانترنت:

"يُعَدّ هذا العقد من أهم العقود الإلكترونية المألوفة وأكثرها شيوعاً على الإنترنت، لاسيّما أن هذه الشبكة تمثل وسيلة ممتازة للتحاور ونقل المعلومات بين مستخدميها في جميع أرجاء المعمورة" (الجمال، ص: 79).

ويعرف هذا العقد بأنه: (تصرف قانوني بين طرفي العلاقة العقدية الموجب والقابل، ويكون محلّه السماح للطرف الآخر بالانتفاع، واستخدام شبكة الإنترنت من خلال إتاحة كافة الوسائل التي تمكّن المستخدم من دخول الشبكة، والتجول فيها، وإجراء التصفح للمواقع والتعامل معها، وذلك من خلال توافر (المودم) والخط الواصل معه لإمكانية ربط المودم مع جهاز الحاسوب والأقمار الصناعية، التي يتم من خلالها بث إشارات رقمية يتم تحويلها إلى الشكل الذي نجد شبكة الإنترنت عليه. كما يتوجب على مزوّد الخدمة اتاحة كافة البرامج الأساسية لتشغيل خدمة الإنترنت). (مطالقة، 2008، ص:37).

ويكون لهذا العقد طرفان، الأول: مستخدم الإنترنت (العميل) الذي يعبر عن حاجته إلى استخدام الشبكة ومزود للخدمة، ويعمل هذا المزود على تمكين هذا العميل من الدخول الفني للإنترنت وتوفير الوسائل اللازمة لذلك، مقابل التزام العميل بدفع رسوم اشتراك شهرية أو سنوية.

ويُعَدُّ العقد وفق ذلك عقداً ملزماً للجانبين، وتقع على عاتق أطرافه جميعها التزامات متقابلة، تتمثل في التزام مزود الخدمة (شركة) بتوفير سبل الدخول الفني للشبكة من برامج اتصال، كمحقق الاتصال بين جهاز الكمبيوتر

والشبكة، والأدوات اللازمة لذلك، مثل: جهاز المودم (تقديم هذا الجهاز ليس التزاماً أصلياً على مزود الخدمة ويحدد طبيعة هذا الالتزام العقد) والتزام المزود هنا يكون التزاماً بتحقيق نتيجة[1]. أما مسؤولية مقدم الخدمة؛ فهي مسؤولية تعاقدية، وتقوم حال عدم تنفيذ التزامه، ولكنه لا يعد مسؤولاً عن محتوى المادة أو المعلومة التي يتم عرضها على الشبكة، أو ما تحمله من أخطاء وعيوب؛ لأنه لا يملك الوسائل الفنية التي تمكنه من رقابة صحة هذه المعلومات. أما إذا أخطأ مقدم الخدمة في إبلاغ المعلومة أو الرسالة الإلكترونية إلى المرسل إليه، وثبت أن ذلك يرجع إليه أو إلى أحد العاملين لديه، فحينئذٍ تتحقق مسؤوليته، وهذا ما نصّت عليه معظم التشريعات المقارنة للمعاملات الإلكترونية[2] (يونس، **2008**).

وتجدر الإشارة إلى أن من مستلزمات عقد الدخول إلى الشبكة تقديم خدمة المساعدة التيلفونية التي يطلق عليها الخط الساخن hotline وتهدف هذه الخدمة إلى حل المشكلات الفنية التي قد تواجه المشترك بخدمة الإنترنت، وهذا الجانب من الخدمة قد يمارسه مزوّد الخدمة بنفسه، أو قد يعهد به إلى طرف ثانٍ لحسابه، وأيّاً كانت الطريقة التي اتفق عليها لغايات تقديم تلك المساعدة، فإنها تدخل في التزامات مورد الخدمة وتقوم مسؤوليته نتيجة الإخلال بهذا التزام[3]. أما الالتزام الذي يقع على عاتق العميل؛ فهو سداد رسوم الاشتراك المقررة.

(1) يرى بعض شراح القانون أن التزام المزوّد لا يمكن أن يكون التزاماً بتحقيق نتيجة في أغلب الأحيان، وأن هذا الالتزام قد يكون التزاماً ببذل عناية حسب دور مزود للخدمة، فإذا كان مزود الخدمة مجرد وسيط لشركة اتصالات تتولى تقديم الخدمة، فإن الالتزام في هذه الحالة يكون ببذل عناية لاختيار أفضل الشبكات، وإرشاد العملاء فنياً وتقنياً، يراجع في ذلك (زريقات، ص: 85).

(2) نصت على ذلك المادة (10) من قانون سنغافورة والمادة (18) من قانون البحرين، وقانون الاستهلاك الفرنسي، وقانون الاتصالات الأمريكي لسنة 1996.

(3) انظر (مجاهد، ص: 148 ـ 149).

2- عقد الإيواء (Le contat D'Hebergement) أو عقد الإيجار المعلوماتي:

يعرف هذا العقد بأنه: (عقد من عقود تقديم الخدمات بمقتضاه يضع مقدم الخدمة تحت تصرف المشترك بعض إمكانات أجهزته أو أدواته المعلوماتية ويتمثل ذلك غالباً في إتاحة انتفاعه بمساحة على القرص الصلب بأحد أجهزة الكمبيوتر الخاصة به على نحو معين). (مجاهد، ص: 152 ـ 153).

ومن الأمثلة على هذا العقد، تخصيص جزء من القرص الصلب للكمبيوتر العائد لمقدم الخدمة لصالح المستخدم، ولغايات إنشاء موقع إلكتروني، أو عنوانٍ بريدٍ إلكتروني.

ويكيّف جانب كبير من الفقه[1] هذا العقد على أنه: عقد إيجار أشياء لأن غايته إتاحة الفرصة للمستخدم من الانتفاع بالعين المؤجر، في حين تبقى ملكية الشيء المؤجر لصاحبها[2].

وممّا يترتب على اعتبار عقد الإيواء من قبيل عقود إيجار الأشياء أن مسؤولية مقدّم الخدمة تتحدد طبقاً لمدى احتفاظ مقدّم الخدمة بحيازته للأجهزة التي تقدم الخدمة من خلالها، وفْقاً للقواعد العامة المنظمة للمسؤولية عن حراسة الأشياء[3].

3- عقد إنشاء المتجر الافتراضي La tealisation de la boutique virtuelle أو عقد المشاركة[4]:

يعرف هذا العقد بأنّه: (العقد المبرم بين المشترك (التاجر) وصاحب المركز

---

(1) يراجع في الخلاف الحاصل حول تكيف هذا العقد (زريقات، ص:86).

(2) عالج المشرع الأردني أحكام عقد الإيجار في المواد (658 ـ 710) من القانون المدني.

(3) يراجع في أحكام المسؤولية عن حارسة الأشياء أحكام المواد (291 ـ 292) من القانون المدني الأردني.

(4) يتم التطرق إلى عقد المتجر الافتراضي في معرض التمييز بين العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المحيطة به في البيئة الإلكترونية وفي هذا الصدد لابد من الإشارة إلى أن جانباً من الفقه لا يُعدّ عقد المتجر الافتراضي متميزاً عن عقود التجارة الإلكترونية، بل هو في ذاته أحد أنواع عقود التجارة الإلكترونية، مستندين في ذلك إلى أن عقد المتجر الافتراضي هو عقد تقديم خدمة، وأن التجارة الإلكترونية ـ كما ترد على السلع ـ ترد على الخدمات، راجع في ذلك (المطر، 2009، ص: 83).

التجاري الافتراضي على الشبكة، بحيث يلتزم مقدّم الخدمة أو صاحب المركز التجاري بتخصيص موقع محدد ومرخص لنوع محدد من التجارة، يُفتح من خلال متجر خاص بالمشترك على شبكة الإنترنت، فيقوم الأخير تبعاً لذلك باستخدام برنامج معين يباشر بمقتضاه تجارته عبر الشبكة، مقابل التزام التاجر بدفع مقابل ماليٍّ لذلك) (دودين، 2010، ص:78).

ويتضح من هذا التعريف أن عقد المتجر الافتراضي يتضمن التزامين، **الأول:** يقع على عاتق صاحب المركز التجاري الافتراضي، ويتمثل في فتح المتجر الخاص بالمشارك وما يتبع ذلك من الترخيص له باستخدام برنامج متخصص بالتجارة عبر الإنترنت، والثاني: التزام المشارك التاجر بأن يؤدي المقابل الماديَّ لذلك. كما يتضمن عقد المتجر الافتراضي نوعين من الشروط، شروط عامة يخضع لها كل المتاجر المشاركة في المركز التجاري الافتراضي، كتلك المتعلقة بتحديد البيانات الشخصية للمشارك، وبيان مواصفات المنتجات والسلعَ المعروضة وأسعارها بشكل دقيق، أو اللغة المستخدمة ومواعيد التسليم، وأخرى خاصة بكل تاجر على حدة.

"ويكيف هذا العقد بأنه من عقود تقديم الخدمات في نطاق عقد المقاولة"[1]. (مجاهد، ص: 156).

ويذهب الباحث إلى تأييد ذلك التكييف؛ إذ إن صاحب المركز التجاري الافتراضي ملزم بموجب العقد بتمكين التاجر من عرض بضاعته من خلال المركز التجاري، مقابل رسم يترتّب على التاجر الوفاء به، فيتمكن التاجر من

---

(1) عقد المقاولة هو العقد الذي يلزم بمقتضاه أحد الطرفين بإتمام عمل معين للطرف الآخر، مقابل بدل مناسب لأهمية هذا العمل، دون أن يكون وكيلاً له أو نائباً عنه (يعقوب، د.ت، ص:44) وقد نظّم المشرع الأردني أحكام عقد المقاولة في المواد (780 ـ 804) من القانون المدني الأردني.

عرض البضائع، ويقابل ذلك العمل في عقد المقاولة والرسم الذي يؤديه التاجر، البدل الذي يتعهد به الطرف الآخر في عقد المقاولة، ولا يخضع المركز التجاري في عمله هذا إلى رقابة التاجر وإشرافه، وبهذا تكون شروط عقد المقاولة متوافرة في المتجر الافتراضي.

المجموعة الثانية: عقود المعلوماتية

توجد أنواع من العقود الإلكترونية يتم إبرامها وتنفيذها داخل شبكة الإنترنت، أو من خلال الهاتف، في حال ما إذا كان محل العقد غير مادي، فإذا كان محل العقد تقديم مشورة، فإن المستخدم يحصل عليها مباشرة من الخط، وإذا كان محل العقد يتمثل في الحصول على معلومات معينة، فإن الحصول عليها يتم من خلاله أيضاً، "وفي الحالات جميعها تقديم المشورة أو المعلومة تمثل قيمة مادية، ولكنها في ذاتها تعد أموالاً غير مادية، وهي بهذه الصورة تعد أموالاً معلوماتية، بغض النظر عن الشكل الذي اتخذته" (الجمال، ص:84).

ونورد فيما يأتي أهم العقود التي تنصب على أموال ذات طبيعة معلوماتية:

1- عقد الحصول على معلومات عبر الخط: يكون للعميل وفق هذا العقد الحصول على المعلومات التي يريد عبر شبكة الاتصال، مقابل التزامه بدفع ما يترتب عليه من مقابل مادي، وغالباً ما يتم تنظيم مثل هذا العقد بأكثر من طريقة.

2- عقد تقديم الدراسة والمشورة: تعترض مستخدم الحاسوب وبرامج المعلومات بعض العقبات والصعوبات الفنية التي لا يستطيع تجاوزها بنفسه دون مساعدة، وعندها يطلب هذا المستخدم من المورد المتخصص دراسة المشكلة، ووضع الحلول الفنية اللازمة لها، مقابل مبلغ مالي يتفق عليه، يدخل العقد وفق ذلك ضمن مفهوم عقد المقاولة.

3- عقد تقديم المساعدة الفنية: يتمكن العميل بموجب هذا العقد من الحصول على تدريب فنيٍّ لعماله على تشغيل الحواسيب والبرامج المختلفة وصيانتها من خلال فنيين، يلتزم المورّد بتزويدهم للعميل.

4- عقد تقديم التسهيلات الإدارية: يتولّى المتخصص في مجال المعلومات بموجب هذا العقد إدارة نظم المعلومات الموجودة ومعدّاتها لدى الشخص طالب الخدمة بعد دراسة كافة البيانات والوثائق، لفهم المهمة المطلوب إنجازها (منصور، ص: 39).

ثالثاً: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني

تكتنف العقود الإلكترونية طبيعة خاصة تستوجب بحث الطبيعة القانونية لتلك العقود لا سيما أن أسئلة عدّة تُطرح حول طبيعة هذه العقود. فهل هذه العقود عقود تبنى على المساومة بين أطرافها؟ أم أنها تتسم بعدم التوازن في المراكز الاقتصادية لأطرافها ومن ثم يمكن اعتبارها من عقود الإذعان؟ وهل يمكن وصفها عقوداً تجارية أو مدنية باعتبارها المثال الأوضح لعقود التجارة الإلكترونية؟ وبما أن السمة الغالبة على أطراف هذه العقود أن يكونوا من دولة مختلفة، فهل هذه السمة تجعل تلك العقود عقوداً دولية على وجه الإطلاق، أم أنها تحمل الصفة الوطنية؟

ونحاول الإجابة عن هذه التساؤلات وفق التقسيم الآتي:

1- العقد الإلكتروني بين التفاوض والإذعان.

2- العقد الإلكتروني بين الطابع المدني والتجاري.

3- العقد الإلكتروني بين الصفة الدولية والوطنية.

1- العقد الإلكتروني بين التفاوض والإذعان:

تستوجب الضرورة البحثية أن تتناول بشكل موجز مفهوم عقود الإذعان، وفق القواعد العامة، ومن ثم تسليط الضوء على مدى انطباق هذا الوصف على العقود الإلكترونية.

أ- مفهوم الإذعان وفق القواعد العامة[1][2]:

يسبق انعقاد العقد مفاوضات يناقش فيها أطرافه شروط العقد وأحكامه إلا أنه في بعض العقود قد يكون أحد الأطراف متمتعاً بقوة اقتصادية تمنحه فرصة فرض شروطه على الطرف الآخر، ولا يكون أمام هذا الطرف إلا التسليم بتلك الشروط، وتعزى القوة الاقتصادية إلى احتكار الطرف القوي للسلع أو الخدمة محل العقد، كما هو الشأن بالنسبة لشركات الكهرباء وشركات التأمين.

ويعرف عقد الإذعان بأنه: (العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة وضعها الموجب ولا يقبل النقاش فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري، يكون محلّ احتكار قانونيٍ أو فعليٍّ). (الفار، 2004، ص:47).

وعليه، نجد أن هنالك مجموعة من الخصائص إذا ما توفرت في العقد عُدّ من عقود الإذعان، ويمكن إجمالها فيما يأتي[3]:

---

(1) يسمي الفرنسيون العقود التي يكون فيها القبول على النحو الموصوف في عقود الإذعان بعقود الانضمام؛ لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون مناقشة. (راجع في ذلك السنهوري، هامش (1)، ص: 229).

(2) اعترف المشرّع الأردني بعقود الإذعان بموجب أحكام المادة (10) من القانون المدني ويقابل هذا النص نص المادة (100) من القانون المدني المصري.

(3) راجع في ذلك (المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص: 113).

1- تعلّق العقد بسلع أو مرفق يُعَدُّ من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلك أو المنتفع.

2- احتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق هو احتكار قانونيّ أو فعليّ، أو على الأقل عدم تعرضه بالنسبة لها، إلا لمنافسة محدودة النطاق.

3- يكون الإيجاب موجهاً إلى الجمهور كافة بشروط متماثلة، ولمدة غير محددة، وتكون هذه الشروط مطبوعة، وتصبُّ في مصلحة الموجب.

اختلف الفقه في طبيعة عقود الإذعان، وانقسموا إلى فريقين:

الفرق الأول: ينكر هذا الفريق - وأغلبهم من فقهاء القانون العام - الصفة التعاقدية على عقود الإذعان، وحجتهم في ذلك أن العقد توافق إرادتين، إما إن كان القبول مجرد إذعان عن غير حرية واختيار؛ عندها يكون العقد أقرب للقانون، ويجب تفسيره كما يفسر القانون.

الفريق الثاني: يشمل غالبية فقهاء القانون المدني، فقد ذهبوا إلى أن عقد الإذعان هو عقد بالمعنى الحقيقي للعقد؛ لأنه يتم بتوافق إرادتين. ويرى هذا الجانب من الفقه أن معالجة عدم التوازن في المراكز الاقتصادية لأطراف العقد وهو الأولى من عدم اعتبارها عقوداً - بطرق اقتصادية - مثل تجميع المستهلكين وتعاونهم لمقاومة جشع المحتكرين، وأخرى قانونية مثل تدخل المشرّع في إبطال الشروط التعسفية[1]. أما المشرع الأردني، فقد سار على نهج الفريق الثاني، فقد أوردت المادة (204) من القانون المدني الأردني أحكاماً من شأنها التخفيف على الطرف الضعيف في هذا الإذعان، ونصت هذه المادة على أنه: (إذا تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للمحكمة أن تعدل هذه

(1) راجع في ذلك (السنهوري ص: 131 ـ 132)، وكذلك (سلطان، ص: 51 ـ 52).

الشروط، أو تعفي الطرف المذعن منها، وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)[1].

ب- مدى انطباق وصف الإذعان على العقود الإلكترونية:

انقسم الفقه حول مدى اعتبار العقود الإلكترونية من عقود الإذعان أم لا إلى ثلاث اتجاهات، هي:

الاتجاه الأول: يذهب أنصار هذا الاتجاه[2] إلى اعتبار العقد الإلكتروني من قبيل عقود الإذعان، ويرى أنصار هذا الاتجاه أنه إذا كانت الشروط العامة للعقد عقد البيع ـ باعتباره أكثر العقود انتشاراً ـ مذكورة على شبكة الإنترنت، بحيث لا يكون أمام المشتري المتصفح للموقع أي خيار للمناقشة أو التفاوض، وله خيار القبول أو الرفض دون تفاوض، فإن العقد في هذه الحالة يكون عقد إذعان.

ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى أن العقود التي تبرم عبر الشبكة غالباً ما تكون عقوداً نموذجية تظهر في الموقع الإلكتروني للبائع على شكل استمارة إلكترونية، تتضمن تفاصيل التعاقد، وتوجه بشروط مماثلة إلى الجمهور على وجه العموم، ويكون فيها الإيجاب ملزماً لفترة طويلة، ولا يقبل مناقشة أو تعديلاً

---

(1) قضت محكمة التمييز الأردنية (بأن عقد التأمين هو من عقود الإذعان التي يقوم فيها المؤمن بطباعة نماذج للعقد، يضع فيها شروطه التي لا تقبل النقاش، وما على المؤمن له سوى القبول والتسليم بها، باعتباره الطرف الضعيف المذعن، وحماية من المشرع لهذا الطرف المذعن، فقد نصت في المادة (924) مدني على بطلان بعض الشروط. أما الاعتبارات، فهي شكلية كشرط الطباعة بشكل بارز، وكشرط التأخير عن التبليغ عن الحادث، أو لاعتبارات موضوعية كالشروط التعسفية التي لا يكون لمخالفتها أثر في وقوع الحادث المؤمن منه). انظر قرار محكمة التمييز رقمها (1999/2541) موقع التشريعات الأردنية. www.lob.COV.jo تاريخ الدخول 1999/8/17.

(2) يمثل هذا الاتجاه جانبا الفقه الإنجليزي والفرنسي والمشرع المصري، الذي اعتبر بموجب المادة (18) من مشروع قانون التجارة الإلكترونية والعقود المنظمة إلكترونياً عقود الإذعان (مطلق، ص:97).

(مطـر، ص: 50) وهــذه بحــدّ ذاتهــا هــي شــروط الإذعــان. وعليــه، يعــدّ العقــد الإلكتروني عقد إذعان.

ويؤخذ على هذا الاتجاه إيمانه أن عدم وجود المفاوضة كافية لاعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان مغفلاً شروطاً أخرى، بحيث إن توافرها في عقد الإذعان كالاحتكار القانوني والفعلي للسلعة هذا ما يمكن تصوره في العقود الإلكترونية في ظل وجود العديد من المواقع الإلكترونية التي تعرض ذات السلعة، ومن ثم يستطيع المشتري اختيار المنتج الذي يريد وحسب الشروط المناسبة له.

الاتجاه الثاني: يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى اعتبار العقد الإلكتروني من عقود المساومة، وعقود المساومة هي تلك العقود التي يمكن التفاوض في شروطها ومناقشتها والتوقيع عليها بحريّة الطرفين وإرادتهما (مطلق، ص:97)، وهذا ما يمكن تحقيقه ـ أي التفاوض ـ في العقود الإلكترونية، فالمستهلك مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورّد إذا لم تعجبه الشروط المعروضة على شاشة الإنترنت، ويستطيع التنقل من موقع إلى آخر، واختيار ما يشاء، وترك ما يشاء، أي أن الرضائية تسود في العقود الإلكترونية (ابراهيم، ص: 64).

الاتجاه الثالث: يرى الفقه في هذا الاتجاه أن العقود الإلكترونية، قد تكون عقود إذعان، أو عقود مساومة حسب الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد الإلكتروني، فإذا ما تم التعاقد بوساطة البريد الإلكتروني، أو من خلال برنامج المحادثة، فإن العقد الإلكتروني يكون رضائياً، إذ يتم تبادل الطرفين للآراء ووجهات النظر عبر الرسائل الإلكترونية، ويتم التفاوض بحريّة حول شروط التعاقد.

أما في التعاقد عبر موقع الويب التي تستخدم غالباً عقوداً نموذجية تكون شروطها معدّة سلفاً من قبل الموجب ولا يترك معها للقابل مجال للمساومة

والمناقشة في هذه الشروط، وعليه، لا يكون المتعاقدون على قدم المساواة لعدم التكافؤ في المقدرة التعاقدية، وعندها نكون أمام عقد إذعان (توكل، ص: 44 ـ 45).

رأي الباحث:

يرى الباحث أن السعي إلى تناول موضوع اعتبار العقد الإلكتروني من قبيل الإذعان أو من عقود المساومة هو محل نظر؛ ذلك أن العقد الإلكتروني كغيره من العقود التقليدية الأصل يجب أن يكون قائماً على المساومة والتفاوض وتلاقي الإرادات الحرّة لإتمام العملية التعاقدية، فالعقود التقليدية تعدّ عقود مساومة ما لم تتحقق الشروط التي أوجبها المشرع لأن هذه العقود هي عقود إذعان وذلك بالنص القانوني الصريح كتلك العقود التي أجاز المشرّع تعديل بعض الشروط التعسفية الواردة فيها أو إلغائها مثل عقد التأمين.

غياب النص في التشريع الأردني على اعتبار العقود الإلكترونية عقود إذعان كما هو الحال في التشريع المصري ـ مشروع قانون التجارة الإلكترونية ـ والتي اعتبرها من العقود النمطية[1] بالتالي تعد عقود إذعان ـ وفق المشرع المصري فإننا نكون بغنى عن الدخول في الخلاف الفقهي الحاصل حول هذا الموضوع والانحياز إلى اتجاه دون آخر لا سيّما أن كل مذهب فقهي تناول الموضوع لا يخلو من النقد، ونرى أن الأولى بالبحث هو توافر الغاية التشريعية من اعتبار العقد إذعاناً أم لا وهي حماية الطرف الضعيف في هذا العقد.

ومما سبق، يرى الباحث أننا لسنا بحاجة لإطلاق أوصاف عامة تؤخذ على

---

(1) العقود النمطية أو النموذجية: هي عقود تنطوي على حقيقة التعاقد ويحيل الأطراف فيها إلى نموذج وضعته أو أقرته سلطات عامة أو هيئات نظامية، مثل التجمعات المهنية والوطنية، ويرى بعضهم أن هذه العقود تعدّ من قبيل الإذعان (توكل، ص:44).

إطلاقها، وأنّ الأجدر هو أن نترك أمر تقدير صفة العقد المعروض أمامنا لقاضي الموضوع الذي يقرر في كل حالة تعرض عليه، فإذا ما توافرت في عقد من العقود الإلكترونية شروط الإذعان المقررة قانوناً اعتبر كذلك، وعندها سيتم السعي لإعمال النصوص القانونية الواجبة لحماية الطرف الضعيف، وبعكس ذلك نكون أمام عقد يوصف بأنه عقد مساومة.

2- العقود الإلكترونية بين الطابع المدني والتجاري:

لعلّ الدافع الرئيس للبحث في اعتبار العقد على العموم – تقليدياً أو إلكترونياً – عقداً تجارياً أم مدنياً هو اختلاف الأحكام القانونية في القانون التجاري عنها في القانون المدني، كتلك التي تتعلق بالاختصاص القضائي، وقواعد الإثبات والتقادم وغيرها. وسبق التطرق إلى تناول موضوع تجارية العقد الإلكتروني. لذا، فإننا نحيل القارئ إلى ما تم تناوله سابقاً بهذا الخصوص.

وخلاصة القول في هذا الصدد إن أمر تحديد العقد المدني يستند إلى أطراف العلاقة التعاقدية، فإذا كان طرفا العلاقة التعاقدية من التجار عُدّ العقد تجارياً وإلا فهو عقد مدني.

3- العقد الإلكتروني بين الصفة الدولية والوطنية:

تتعدد أطراف العقد الإلكتروني كغيره من العقود، فقد تكون العلاقة التعاقدية بين أشخاص ينتسبون إلى جنسية واحدة أو أشخاص ينتمون إلى جنسيات مختلفة، كذلك لا تنحصر هذه العلاقة في مكان أو دولة واحدة، ومن الممكن تصور بناء هذه العلاقة بين أشخاص مقيمين في دول مختلفة فقد يكون البائع في دبي، والمشتري في الأردن، والمنتج في الصين.

وهذا التعدد في الجنسيات وأطراف العقد والدول التي قد تكون موطن إقامة لأطراف هذا العقد، إضافة إلى عالمية شبكة الإنترنت، يطرح التساؤل

حول صفة العقد الإلكتروني: هل تغلب الصفة الدولية على العقد الإلكتروني أم أنه يمكن إسباغ الصفة الوطنية على ذلك العقد؟

ولقد تباينت الآراء في هذه المسألة بين رأيين:

الرأي الأول: يفرق بين نوعين من العقود الإلكترونية.

النوع الأول: العقود الإلكترونية التي تبرم بين أشخاص يقيمون في دول مختلفة هي عقود دولية بالمعنى الدقيق، بسبب اتصالها بأكثر من دولة من خلال موطن أو جنسية أو مراكز أعمال أحد أطرافها واتصالها بمصالح التجارة الإلكترونية (محمد، 2010، ص:58)، وبذلك يتوافر المعياران اللازمان لدولية العقد، وهما:

المعيار القانوني: يكون للعقد طابع دولي وفقاً لهذ المعيار إذا كان المتعاقدان موجودين ومنتميين إلى دول مختلفة (الجمال، ص: 174).

المعيار الاقتصادي: يكون للعقد طابع دولي وفقاً لهذا المعيار إذا ما تعلق بمصالح التجارة الدولية الخاصة بتدفق السلع والمنتجات والخدمات عبر الحدود. (المنزلاوي، 2007، ص:63).

النوع الثاني: عقود إلكترونية تبرم بين أشخاص يقيمون في دولة واحدة تتركز فيها عناصر العلاقة القانونية جميعها. فهذا العقد وطني بحت. (محمد، ص:58).

الرأي الثاني: يرى أصحاب هذا الرأي أن الصفة الغالبة هي دولية العقود الإلكترونية، ذلك أن شبكة الإنترنت تعد تجسيداً لفكرة العمولة، وما يترتب على ذلك من صعوبة توطيد العلاقات القانونية التي تجري من خلالها[1].

---

(1) انظر تفصيل ذلك، (سلامة، 2000، ص: 34).

رابعاً: مجالات العقد الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

العقد الإلكتروني يُوْلَدُ في بيئةٍ خاصةٍ لم تكن معروفة من قبل، هي البيئة التي ظهرت عن طريق أجهزة إلكترونية (كمبيوتر، هاتف، فاكس...الخ)، وإيضاح آلية التعاقد الإلكتروني الذي يتم عبر هذه البيئة، يتطلب إلقاء الضوء على المجالات التي يتحقق فيها التعاقد الإلكتروني لغايات وضوح الرؤيا عند تناول تفصيلات التعاقد الإلكتروني.

يحاول الباحث فيما يأتي بيان بعض هذه المجالات المتمثلة في الإنترنت، والهاتف، والفاكس، والتلكس، والتلفزيون، بالقدر اللازم لموضوع الدراسة.

1- الإنترنت:

أ- تعريف الإنترنت:

في اللغة:

مصطلح الإنترنت (Internet) هو لفظ باللغة الإنجليزية، يتكون من شقين الأول (Internet) مشتق من مصطلح (Interconnection)، ويقصد به البينة أو الاتصال أو الدخول أو الربط. والثاني (net) مشتق من مصطلح (Network) بمعنى الشبكة[1] البينية (قطان، 2000 ص: 80).

في الاصطلاح:

تباينت التعريفات التي تناولت الإنترنت تبعاً لزاوية النظر إليه.

عُرِّف الإنترنت ـ بالنظر إلى الجانب التقني لهذه الشبكة ـ على أنه:

(1) جذر كلمة الشبكة هو الفعل شبك، وشبك الشيء شبكاً: تداخل بعضه في بعض وشبك الشيء انشب بعضه في بعض. يقال شبك أصابعه. راجع في ذلك (مصطفى1960، ص: 473).

(شبكة عالمية من الحاسبات الآلية (Computers) مترابطة فيما بينها عبر العالم عن طريق شبكات داخلية من الحاسبات الآلية للربط بينها، ويُمكن لمستعمل الحاسب من خلال عملية الربط بين هذه الشبكات أن يتصل بأي مكان في العالم يوجد فيه إنسان آخر يستعمل الإنترنت). (الشديفات، 2009، ص: 24).

وعرّف أيضاً ـ وفقاً لذات النظرة ـ على أنه: (شبكة هائلة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الاتصال عبر العالم). (السوسوه، 2010، ص:19).

وعرف الإنترنت بالنظر إلى جانب الاتصال عن بعد بأنه (كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أياً كانت طبيعتها بواسطة ألياف بصرية أو كهربائية لاسلكية أو أية أنظمة إلكترومغناطسية أخرى) (توكل، 2010، ص:3).

ويعرف بالنظر إلى الخدمات التي يقدمها الإنترنت بأنه : (شبكة دولية للمعلومات بوساطتها يمكن للمرء أن يغزو العالم في لحظات زمنية قصيرة ليصل إلى ما يريده من المعلومات) (السوسوه، ص:21).

يرى الباحث أنه بالرغم من الاختلاف في التعريفات التي تناولت الإنترنت، إلا أنه توجد عناصر مشتركة بين التعريفات، فأغلبها تؤكد أن الإنترنت من وسائل الاتصال، والغاية منه هو تبادل المعلومات.

ويذهب الباحث إلى أن التعريف الشامل الذي يحتوي العناصر الفنية للإنترنت وكذلك آلية العمل والخدمات والوسائل المستخدمة لعمل هذه الشبكة هو الأنسب لبيان ماهية الإنترنت.

وتأسيساً على ما تقدم، يمكن تعريف الإنترنت بأنه: (مجموعة كبيرة من شبكات الحواسيب، ومجموعة كبيرة من شبكات المعلومات الإلكترونية،

ترتبط هذه الشبكات فيما بينها من خلال وسائل الاتصال كالهاتف والأقمار الصناعية ارتباطاً فنياً وتقنياً، بحيث تتصل الشبكات الكبيرة بالشبكات المحلية المنتشرة في أرجاء الأرض كافة ممكّنةً أيّ شخص من ولوج هذا العالم والحصول على الخدمات التي يرغب الإفادة منها، وتبادل المعلومات والبيانات مع المستخدمين الآخرين لهذه الشبكة).

ب- خصائص الإنترنت:

انتشر الإنترنت بشكل واسع[1]، وقد مهد لذلك خصائص هذه الشبكة

---

(1) اكتشاف الحاسوب وثورة الاتصالات التي مهدت إلى ثورة تقنية المعلومات (Information Techology) وقد جاءت استجابة لمتطلبات الحياة البشرية التي هي في تطور مستمر، إذ إن الحرب الباردة التي كان أطرافها كل من الاتحاد السوفيتي السابق والولايات المتحدة الأمريكية قد أفرزت الإنترنت، حيث وسعت حكومة الولايات المتحدة الأمريكية خوفاً من أي هجوم نووي مباغت من قبل خصمها الاتحاد السوفيتي ورداً على قيام الاتحاد السوفيتي بإطلاق مركبة سبوتنك الفضائية إلى إيجاد أفضل طريقة للاتصال بعدد غير محدود من أجهزة الحاسوب (الكمبيوتر) دون الاعتماد على جهاز واحد ينظم حركة السير، وذلك من أجل الحفاظ على نظام اتصال آمن في حال وقوع أو نشوب حرب غير تقليدية.

من هنا، انطلقت إشارة البدء للإنترنت حتى وصلت إلى ما هي عليه في يومنا هذا، وفق مراحل التطور الآتية:

1957م الاتحاد السوفيتي يطلق سبوتنك أول قمر صناعي، وردت على ذلك الولايات المتحدة الأمريكية بتأسيس وكالة مشروع الأبحاث المتطورة (Advanced Research Project Agency)، واختصارها (ARPA) بتمويل من وزارة الدفاع الأمريكية (الشديفات، ص:34). أسفرت الأبحاث والدراسات خلال فترة الستينيات إلى بدايات الإنترنت عام 1969، فقد أنشأت وكالة الأبحاث الأمريكية أول شبكة معلومات لوزارة الدفاع الأمريكية للربط بين إدارتها لأغراض عسكرية وسياسية، لتسهيل نقل المعلومات وتبادلها بينها؛ نظراً لخطورة تداولها بالطرق التقليدية وأطلق على هذه الشبكة مسمى (Arapanet).

في عام 1971 تم ربط بعض الجامعات الأمريكية بشبكة على غرار شبكة وزارة الدفاع بغرض تبادل الموضوعات العلمية ونتائج الأبحاث.

ظهرت في عام 1972 خدمة البريد الإلكتروني E-Mail التي ابتكرتها شركة Bbnco، على يد أحد مبرمجيها ويدعى Roy Tomilson. وتعتمد هذه الخدمة على برنامج لإرسال الرسائل الإلكترونية من =

التي جعلتها تخطو خطوات سريعة نحو الانتشار، ومن هذه الخصائص أنها شبكة مفتوحة وعالمية ومجانية.

1- *شبكة مفتوحة غير مملوكة:*

الإنترنت شبكة مفتوحة للجميع، ولا تعود ملكيتها إلى أشخاص أو حكومات أو دولة معينة، بل هي ملك لفئات المجتمع بأكمله، على عكس الشبكات المغلقة التي ينحصر استخدامها في طائفة معينة مثل شبكة (Society for world wide ineterbank financial transaction) وهي شبكة تضم معظم المؤسسات المالية في العالم، يتم من خلالها تبادل المعلومات المالية. (ناصيف، **2009**، ص:27).

خلال شبكة لا مركزية في عام 1973، وتم أول ربط دولي للإنترنت (النوايسه ، ص:284).

بانتهاء الحرب الباردة واتساع شبكة الإنترنت وازدياد الاستخدام السلمي للإنترنت انقسمت الشبكة إلى شبكتين: الأولى اسمها أربا (ARPA) وغرضها الأساسي خدمة الشؤون العسكرية، والثانية: سميت (Mallnet) وخصصت للاستخدام المدني، ومن ثم ظهر اسم الإنترنت (Internent) إذ أمكن تبادل المعلومات بين هاتين الشبكتين (حجازي ، 2010).

وبدأ التطور الفعلي الحديث للإنترنت، وأمكن بعد ذلك تطوير العديد من البرامج، مثل برنامج web-server متصفح الويب لقراءة النصوص وبرنامج متصفح الموسيقى وانتشار خدمة web wide world التي يرمز لها اختصاراً www ، ثم ظهرت مجموعة من الشركات المتخصصة التي تولت تقديم خدمة الإنترنت.

وفي عام 2000 تم إطلاق الجيل الثاني من شبكة الإنترنت الذي يعتمد على نسخة مطورة من بروتوكول الإنترنت، ويقدم ميزتين هما: الإرسال المتزامن متعدد الواجهات، وجودة الخدمات التي تدعم البث المباشر للفات الفيديو وتطبيقات الوسائط المتعددة Maltimedia USA Department of Commerce, OP. cit).

يوجد حالياً على هذه الشبكة كما هو معلوم ملايين المواقع التي تتناول مختلف الموضوعات من ثقافة وسياسة وعلوم وصناعة، بجانب توفير خدمات التجارة الإلكترونية والخدمات البنكية الإلكترونية، ويدلل على ذلك الجيل الثالث الذي ما زال قيد التطبيق، ويقدم ميزتين الأولى استخدام تقنية الألياف الضوئية، والثانية : استغلال الألياف المعتمة.

وقد أدى الإنترنت باعتباره شبكة مفتوحة إلى إزالة كثير من العقبات التي قد تعترض عمله، وحقق نجاحاً كبيراً، وانتشاراً واسعاً بين الفئات جميعها. وحتى يستمر نجاح الإنترنت، أخذ المشرعون يضعون المعالجات القانونية التي تكفل الاستعمال المشروع لهذه الشبكة واسعة الانتشار وفرض التوازن بين حقوق مستخدميها في ظل عدم وجود جهة محددة مالكة لها.

2- *شبكة عالمية:*

تعدّ شبكة الإنترنت عالمية الطابع، إذ تتواصل بمعلوماتها مع الأفراد والهيئات والمؤسسات الحكومية التعليمية والتجارية في مختلف بلدان العالم، وقد ألغت هذه الشبكة الحواجز الجغرافية والسياسية، وهذا الطابع أتاح لمستخدمي الشبكة البساطة والحرية في الحركة؛ فيستطيع مستخدم الإنترنت التنقل حول العالم وهو في بيته، وإرسال البريد الإلكتروني واستقباله من أي موقع في العالم، غير أن ذلك يحتاج إلى توافر وسيلة اتصال، ومزود لخدمة الإنترنت.

3- *شبكة غير متخصصة:*

تتميز شبكة الإنترنت بتنوع استخداماتها وتعددها، فلا يتصور أن هنالك مجالاً من مجالات الحياة لم يسهم الإنترنت فيه، فالتعليم والترفيه والإعلام والتجارة والطب والصناعة، كل هذه المجالات أسهم فيها الإنترنت إسهاماً مباشراً، ساعد في ازدهارها وتطورها، غير أن استخدام الإنترنت له سلبيات من حيث الاستخدام غير الأخلاقي المخالف للنظام العام والآداب العامة؛ ممّا يترتب عليه مشكلات كثيرة، تدفع القانون نحو التعامل معها، والوقوف على معالجتها.

4- شبكة مجانية[1]:

يقوم الإنترنت على مبدأ تعاوني مفاده (اتركني أمر أتركك تمر)، وشبكة الإنترنت تُشبه خلية العنكبوت، بحيث إن كلّ عارض خدمة يصل جهازه بالجهاز الآخر عن طريق قناة نقل يملكها جزئياً، وترتبط هذه القنوات بعضها ببعض ليؤدي الإنترنت مهمته، ويكون كلٌّ شخص مستخدماً للإنترنت مضطراً إلى استخدام قنوات الآخرين. (ناصيف، ص:29).

ج- ملكية الإنترنت وإدارته:

ساد اعتقاد خطأ منذ ظهور الإنترنت بأنه مملوك لدولة معينة أو هيئة أو منظمة. ويعدّ الإنترنت أول مؤسسة عالمية لا تملكها أية حكومة أو منظمة أو شركة بعينها. ومن الجدير بالذكر أن ملكية الإنترنت لا تقتصر على فئة معينة، بل هي مقسمة بين الدول والحكومات والجامعات والشركات والمؤسسات[2]. وأمام هذا الواقع كيف تتم إدارة الإنترنت؟

يدار الإنترنت من قبل ما يعرف بمجتمع الإنترنت، وهو المجتمع المتمثل في المؤسسات والمنظمات الدولية والحكومات، ومؤسسات المجتمع المدني، وشركات القطاع الخاص (السوسوه، ص:48)، إذ تعمل هذه الهيئات جميعها على الإسهام في إدارة الإنترنت، وتختص بعض الهيئات بتكنولوجيا الإنترنت والهندسة مثل مؤسسة بناء الإنترنت التي تتضمن فريق العمل الخاص بهندسة الإنترنت، إذ يتكون من مصممي الشبكة ومشغلي الشبكة والبائعين والباحثين والمهتمين بتطوير شبكة الإنترنت". (إبراهيم، ص: 26)، وهيئات أخرى مكلفة بتسجيل

---

(1) يجب التمييز بين مجانية الإنترنت وما يترتب على مستخدم الشبكة من رسوم واشتراكات تفرض من مزود الخدمة تضاف إليها تكاليف الاتصال.

(2) انظر (إبراهيم، 2008، ص: 25).

الأسماء والأرقام ـ وهذا ما يعرف بأسماء النطاق Damienname مثل الأيكان ICANN[1].

د- الخدمات التي تقدمها شبكة الإنترنت:

تقدم شبكة الإنترنت العديد من الخدمات لمستخدميها، ولا مجال لذكر كل الخدمات التي توفرها شبكة الإنترنت في هذه الدراسة.

وفيما يأتي عرض للخدمات التي تقوم بها الشبكة الإلكترونية:

1- خدمة الشبكة العنكبوتية العالمية world wide web:

"تعدّ شبكة الويب العالمية (world wide web) ويرمز لها اختصار (www) من أحدث خدمات الإنترنت، تم بوساطتها الانتقال من النمط القديم للشبكة القائم على النصوص إلى نمط رسومي يعتمد على تقنيات الملتيميديا". (الشديفات، ص:72).

"وتعتمد شبكة الإنترنت في عملها على تكنولوجيا (Hypertext)[2] إذ تسمح هذه التكنولوجيا بتنظيم المعلومات وتخزينها واستدعائها، مع القدرة على

---

(1) الإيكان: شركة غير ربحية تأسست عام 1988 مقرها الولايات المتحدة الأمريكية، وتتولى مسؤولية توزيع مجالات العناوين في بروتوكول الإنترنت وتخصيص معرفات البرتوكول، وإدارة نظام سجلات المواقع العامة عالية المستوى (ITLD) وسجلات المواقع عالية المستوى لرمز الدولة (CCTLD) كما أنها تضطلع بمسؤولية إدارة الخوادم المركزية.

وتمارس هذه المنطقة عملها من خلال عدة لجان تابعة لها، مثل لجنة منح الأرقام في الإنترنت، ولجنة تسمية عناوين المقامات.للمزيد من التفاصيل انظر الموقع الإلكتروني للإيكان على العنوان (www.icann.ory).

(2) (Hypertext) أو النص المتشعب هي اللغة التي تستطيع برامج تصفح شبكة الويب قراءتها، وتتيح وثيقة النص المتشعب للمستخدم القفز من موضوع لآخر في الوثيقة، باستخدام ارتباطات من نوع ما، بدلاً من قراءة المستند من الأمام إلى الخلف، وبإمكان المستخدم اختيار قطعة من نص ذات علاقة في مكان ما من الوثيقة.

إقامة وصلات وعلاقات ترابطية مباشرة فيما بينها تشبه الترابط الحاصل في نسيج الشبكة التي يصنعها العنكبوت" (توكل، ص:8).

والويب (الشبكة العنكبوتية العالمية) "كم هائل من المستندات المحفوظة في شبكة الإنترنت التي تتيح لأي شخص أو جهة الإطلاع على معلومات تخص جهات أخرى، أو أشخاص آخرين، قاموا بوضعها بشكل متاح للعامة عن طريق تكنولوجيا النص المتشعب، أو النص المحوري الذي يقوم بتنظيم البيانات والمعلومات واستعادتها" (زريقات، ص:46).

ويمكن لمتصفح الشبكة العنكبوتية العالمية (www) زيارة العديد من المواقع الإلكترونية، والإفادة من الخدمات التي توفرها هذه الشبكة، مثل محركات البحث التي صممت من أجل البحث عن المعلومات عبر قواعد البيانات الموجودة في شبكة الإنترنت، مثل محرك البحث (Google)، وكذلك البث المرئي والمسموع اللذين يوفران للمستخدم مشاهدة المواقع الإخبارية، مثلBBC، ومواقع التخاطب والاتصال بالصوت والصورة، مثل موقع (Facebook).

ولعلّ أهم الخدمات التي تقدمها الشبكة العنكبوتية هي خدمات المتاجر الإلكترونية والتجارة الإلكترونية التي تحتوي على مواقع لشركات ومصانع تخصصها لعرض السلع والخدمات، لغايات إبرام تعاقدات إلكترونية من خلال تلك المواقع، وهذا الجانب من الخدمات وهو ما يعنينا في هذه الدراسة.

2- *خدمة البريد الإلكتروني:*

"يعود الفضل في ظهور البريد الإلكتروني إلى العالم الأمريكي راي توملينسون (Ray Tomlinson) الذي يُعد مخترع البريد الإلكتروني، فقد قام بتصميم برنامجين، الأول لكتابة الرسائل يسمى Send Message، والثاني يسمح بنقل الملفات من جهاز كمبيوتر إلى آخر يسمى Cypnet، وقام توملينسون

بدمج البرنامجين في برنامج واحد، ونتج عن هذا الدمج ما يُسمَّى البريد الإلكتروني"[1].

ويمكن تعريف البريد الإلكتروني بأنه: نظام لتبادل الرسائل بين مستخدم الإنترنت (الشديفات، ص:73). ويعد البريد الإلكتروني من أهم الخدمات التي توفرها شبكة الإنترنت ويرمز له بـ E-mail[2]، ويتم من خلال برنامج البريد الإلكتروني إرسال الرسائل والوثائق واستقبالهما، من جهاز كمبيوتر إلى آخر عبر شبكة الإنترنت؛ فيستطيع مستخدم البريد الإلكتروني استقبال الرسائل، سواء أكانت صوراً أم ملفات أم مقاطع فيديو، وإرسالها إلى أي مكان في العالم خلال ثوانٍ، وهذا ما يعطي الميزة للبريد الإلكتروني، فمستخدم البريد الإلكتروني غير مقيد بحدود جغرافية، إذ يوفر استخدامه كثيراً من الجهد والوقت والمال من خلال استخدام هذه الخدمة إذا ما تمت مقارنة ذلك بالطرق التقليدية لإرسال الرسائل، رغم المزايا العديدة التي يوفرها استخدام البريد الإلكتروني، ولا يخلو هذا الاستخدام من بعض العيوب المتعلقة بالسرية وأمن المعلومات.

تشكل هذه الخدمة مرتكزاً أساسياً في التعاقد الإلكتروني على ما سيتم بيانه لاحقاً في هذه الدراسة، حيث إن جانباً من هذه التعاقدات يتم فيها تبادل الإيجاب والقبول باستخدام هذه الخدمة.

2- الهاتف:

يعرف الهاتف بأنه (وسيلة لنقل المكالمات الشخصية من خلال الأسلاك

---

(1) (عرب قصة اختراع البريد الإلكتروني، بحث منشور على موقع الموسوعة العربية للكمبيوتر والإنترنت، على الموقع (www.c4arab). تاريخ وقت الزيارة 2011/10/2 الساعة 5م.

(2) ال E-mail هو اختصار لمصطلح Electronic mail.

التي ترتبط بين نقطتين (المرسل والمستقبل) يمر فيها تيار كهربائي وفق ذبذبات صوت المتكلم) (العبودي، ص:20).

تعني كلمة الهاتف Telephone بالإنجليزية وهي مشتقة من كلمة يونانية ويقصد بها آلة أو جهاز يستخدم لنقل الصوت بشكل فوري بين مكانين متصلين بخط هاتف من خلال البدّالة ويوجد هاتف على كل طرف[1]. يسجل للعالم الأمريكي غراهام بيل اختراع الهاتف التقليدي[2].

بدأ عمل الهاتف الجوال عام 1991 في الولايات المتحدة الأمريكية، ولا يعتمد على الأسلاك بل يستخدم الأقمار الصناعية عبر شبكات مخصصة لذلك. (الحسيني، 2000، ص:83).

ويتسم الهاتف بالمزايا الآتية:

أولاً: سرعة الاتصال.

ثانياً: بساطة التكاليف بالنسبة للمكالمات التي تتم داخل البلد الواحد.

ويواجه استخدام الهاتف مشكلات عدّة، أهمها:

أولاً: ضعف الشبكة وكثرة الأعطال.

ثانياً: صعوبة إثبات المكالمات الهاتفية.

وقد تناول المشرع الأردني التعاقد عن طريق الهاتف بالتنظيم من خلال نص المادة (102) من القانون المدني، إذ عدّت التعاقد عن طريق الهاتف تعاقداً بين

(1) (انظر في ذلك مع موقع الموسوعة الحرة ويكيبيديا على الرابط) : http/ar.wikipedia.org.

(2) أشارت تقارير صحفية أن مجلس النواب الأمريكي قرر اعتبار الإيطالي – الأمريكي الأصل أنتونيو مويتشي مخترع الهاتف وليس الأمريكي من أصل اسكتلندي بيل كما هو شائع، انظر تفصيل ذلك التقارير الصحفية في موقع الجزيرة نت على الربط:
http//www.aljazeera.net/news/archive/archive.

حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان[1] ويتميز هذا التعاقد بأنه تعاقد شفوي قد يتطلب صدور تأكيد كتابي من جانب الموجب - البائع في عقد البيع مثلاً - يرسله إلى الطرف الآخر المتعاقد - المشتري - في موطنه؛ نظراً لصعوبة إثبات التعاقد بالهاتف (إبراهيم، ص:67).

ويشترك التعاقد عن طريق الهاتف والتعاقد عبر الإنترنت في صفة الإبرام عن بعد، وفي تحقيق التزامن والتعاصر في تبادل الإيجاب والقبول، ويختلف عنه في جوانب عدة منها، أن التعاقد عبر شبكة الإنترنت يوفر إلى جانب خدمة الصوت - التي يقصر عليها التعاقد عن طريق الهاتف - خدمة الصورة والحركة والكتابة - فضلاً عن أنه لا يحتاج التعاقد عبر الإنترنت إلى صدور تأكيد كتابي من الموجب كما هو الحال في التعاقد عن طريق الهاتف، إذ تتم كتابة العقد على مستند إلكتروني، يضاف إلى ذلك (أن التعاقد عبر شبكة الإنترنت يتيح لعدد غير محدود من الأشخاص أن يكونوا أطرافاً في العملية ذاتها بخلاف التعاقد عن طريق الهاتف الذي يقتصر أطرافه على طرفين أو ثلاثة فقط) (رحيم، 2006، ص:77).

3- التلفزيون:

يعتبر جهاز التلفزيون من أكثر وسائل الاتصال سرعة وفاعلية، إذ يتسم بسهولة الاستخدام وسرعة الاتصال. وأصبح التلفزيون في العقود الأخيرة يستخدم وسيلة لبيع السلع، إذ يقوم العديد من منتجي السلع باستخدامه لغايات تسويق منتجاتهم، ويسعون من خلال تقديم عرض تلفزيوني - صوت وصورة - إلى بيان

(1) نصت المادة (102) من القانون المدني الأردني على (يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمها مجلس واحد حين العقد أما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس 1).

ماهية السلع وميزاتها وطرق الحصول على هذه السلع. ويتسم مثل هذا النوع من الإعلان بأنه محدد بفترة زمنية معينة يمكن الاستعلام عنه من خلال صفحات الإنترنت بتصفح الموقع الإلكتروني للمنتج أو الموقع الذي تم استخدامه لعرض المنتج من خلاله، ويتم قبول العرض عن طريق الضغط على زر الموافقة على لوحة مفاتيح الحاسوب.

وتفتقد هذه الوسيلة في التعاقد الصفة التفاعلية التي توفرها أنواع أخرى كالتعاقد عبر الإنترنت التي تسمح بحضور افتراضي متعاصر بين أطراف التعاقد" (ممدوح، ص:69) على خلاف استخدام التلفزيون الذي لا يستطيع القابل التفاعل مع هذه العرض بشكل مباشر.

4- الفاكس والتلكس:

الفاكس: هو جهاز استنساخ بالهاتف، يمكن نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها كأصلها. وقد تطورت أجهزة الفاكس تطوراً هائلاً، بحيث أصبح إرسال ورقة عن طريق الفاكس يستغرق عشر ثوانٍ فقط في بعض الأجهزة (العيش، 2008، ص:30).

التلكس: هو أحد الوسائل الحديثة للاتصال، وهو عبارة عن جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة، ويمكن وصفه بجهاز طباعة إلكتروني مبرق يتصل ببدالة، يطبع البيانات الصادرة عن المرسل باللون الأحمر، والبيانات الصادرة من المرسل إليه باللون الأسود، وبوساطته يستطيع المشترك الاتصال مباشرة مع أي مشترك آخر يمتلك الجهاز نفسه، ومن ثم إرسال إجابة وتسلم رده، سواء أكان داخل القطر أم خارجه، وذلك بتدوين الرقم المخصص للمشترك فتظهر البيانات مكتوبة بسرعة عالية خلال ثوانٍ في كلا الجهازين (العبودي، ص:58).

ويقوم عمل جهاز التلكس على تحويل الحروف المكتوبة التي تتم عن طريق الإرسال والتسلم بالاتصال السلكي واللاسلكي إلى نبضات كهربائية، ثم تتحول النبضات الكهربائية إلى موجات كهرومغناطيسية تمر خلال سلك أو بالأمواج في الجو، ليقوم بتسلمها جهاز التسليم، الذي تنعكس فيه العملية سالفة الذكر، فتتحول الموجات الكهرومغناطيسية إلى حروف مكتوبة يمكن قراءتها. (العبد الرزاق، 2009، ص:17).

ومما يميز هذا الجهاز أنه يترك أثراً مادياً مكتوباً للوثائق المرسلة من خلاله (العبودي، 2003، ص:58) وهذه الميزة تشكل وجه الخلاف بين التعاقد عبر الفاكس والتلكس عن التعاقد عبر الإنترنت، إذ إن التعاقد عبر الإنترنت يتميز بالطبيعة غير المادية وأن مكونات الاتفاق لا تكون ثابتة على دعامة ورقية، كما هي الحال في الفاكس والتلكس، بل تكون مثبتة على دعامة إلكترونية[1].

(1) انظر في ذلك (إبراهيم، ص:70)، (الأباصيري، 2002، ص:44).

الفصل الثاني

وجود التراضي في العقود الإلكترونية

2

أولاً: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

ثانياً: الإيجاب في العقد الإلكتروني

ثالثاً: القبول في العقد الإلكتروني

رابعاً: مجلس العقد الإلكتروني

خامساً: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني

الفصل الثاني
وجود التراضي في العقود الإلكترونية

تمهيد وتقسيم:

تناول الباحث فيما تقدم تعريف العقد الإلكتروني وتمييزه عن غيره من العقود، وانتهى إلى اشتراك هذا العقد في بعض الخصائص مع العقود التقليدية مع وجود خصوصية له؛ نظراً للوسيلة الإلكترونية المستخدمة في إبرامه. ويتفق العقد الإلكتروني على الرغم من خصوصيته مع العقد التقليدي في القواعد المتعلقة بالتكوين والانعقاد.

وخلص الباحث إلى أن العقد ارتباط بين إرادتين على إحداث أثر قانوني، لذا لابد لانعقاده من توافر أركان وشروط يتحقق بها انعقاده على نحو صحيح.

وقد أثار بحث أركان العقد بعض الخلاف لدى شراح القانون، فذهب بعضهم إلى أن للعقد ركنين، هما التراضي، والمحل[1]. وذهب بعضهم الآخر إلى أن أركان العقد هي: التراضي، والمحل، والسبب[2] وذهب فريق ثالث إلى أن التراضي الركن الوحيد في العقد، ويؤيد الباحث في هذا الجانب ما ذهب إليه الفريق الثالث من جعل الرضا ركنا لانعقاد العقد، أما المحل والسبب، فهما شرطان للعقد[3].

(1) انظر (السنهوري، ص: 170).

(2) (الفصل، ص: 83).

(3) انظر (الحلالشة، ص: 37)، (الحكيم، ص: 59).

ذلك أن العقد هو التراضي على إنشاء التزامات، وإن كل تراض على إنشاء التزامات ما هو إلا عقد، والسبب والمحل ليسا ركنين في العقد، إذ إن العقد ينشئ التزاماً على كلا الطرفين، كما البيع ينشئ التزاماً على البائع بتسليم العين، والتزاماً على المشتري بدفع الثمن. فما محل العقد، إذا صح أن للعقد محلاً؟ أهو دفع الثمن أم تسليم المبيع؟ وما سبب العقد وأمامنا التزامان لكل منهما سبب يختلف عن الآخر[1]؟ ويضاف إلى ذلك النهج الذي سار عليه المشرع الأردني عند الحديث عن التراضي فقد أفرد المواد (90 ـ 116) من القانون المدني للرضا في شروط العقد، وعالج أهلية التعاقد في المواد (116 ـ 134). وعالج لمحل العقد في المواد (157 ـ 164). أما السبب؛ فخصصت له المادتان (165 ـ 166)[2].

وينصب موضوع هذه الدراسة على بحث التراضي في العقود الإلكترونية، لذا سيعمل الباحث تناول ركن الرضا وما يثيره هذا الركن من إشكاليات في العقود الإلكترونية.

التراضي[3]: هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبير عن إرادتي طرفي العقد[4].

---

(1) انظر في ذلك (بدوي، مرجع سابق، ص: 69).

(2) انظر في ذلك (الحلالشة، ص: 37).

(3) يطلق على التراضي مصطلح الرضا عند بعض شراح القانون وهما مصطلحان ينتسبان الى معنى واحد في التعاقد.

(4) يبدي الباحث تحفظه على أن التراضي يتم بارتباط الإيجاب بالقبول، وعليه ينعقد العقد، ويرى أن الإيجاب هو اللفظ الأول، والقبول هو اللفظ الثاني حسب نص المادة (91/أ مدني أردني)، الأمر الذي ينبني عليه بمنطق الأمر أن اللفظ الثاني هو الذي ينشئ الارتباط المنشود لانعقاد العقد، ومن ثم فالأصح أن العقد هو ارتباط القبول بالإيجاب، و يأتي القبول مطابقا للإيجاب وفق ما أكدته المادة (1/99) من القانون المدني الأردني (يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب) وماذا لو لم يطابق القبول =

تقوم العقود تقليدية كانت أم إلكترونية على مبدأ الرضائية ما لم يشترط القانون أو الاتفاق شرطاً معيناً للانعقاد كالشكلية أو القبض. قال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه (احمد ودلهيفي، الجزء الثامن، ص182). "وقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: "إنما البيع عن تراض" (ابن حداب 2185).

وتحقق الرضا يتطلب توافر إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني، ذلك أن التراضي في حقيقته توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، وأن يعبر عن هذه الإرادة بمظهر من مظاهر التعبير، وثم تتطابق مع إرادة أخرى معبر عنها.

بحث مسألة التراضي باعتباره ركناً في العقد الإلكتروني، يتطلب تسليط الضوء على المسائل الآتية:

أولاً: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.

ثانياً: الإيجاب الإلكتروني.

ثالثاً: القبول الإلكتروني.

رابعاً: مجلس العقد الإلكتروني.

خامساً: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني.

الإيجاب؟ عندها يعد القبول المعدّل للإيجاب إيجاباً جديداً (المادة 2/99 مدني أردني) وهذا يؤيد وجهة نظر الباحث، من حيث إن الارتباط الذي يعول عليه لانعقاد العقد هو ارتباط القبول والإيجاب، وليس العكس صحيحاً.

أولاً: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني[1]

تبدو أهمية تناول موضوع التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية لما يثيره

(1) الإرادة هي أمر نفسي لا يمكن أن تحدث أثر في تكوين العقد إلا إذا ظهرت إلى العالم الخارجي، ويكون ذلك بالتعبير عنها (شرف الدين 2003، ص: 69).

التعبير عن الإرادة: هو إعلان عن إرادة تتجه إلى أحداث أثر قانوني، سواء كان إعلاناً عن إيجاب أو قبول، أو إرادة منفردة، أو غير ذلك (الصدة، 1971، ص: 93).

لا توجد كيفية معينة ينبغي أن يصب فيها التعبير عن الإرادة، وهذا مقتضى مبدأ سلطان الإرادة "ويذهب أنصار هذا المبدأ إلى أن الإرادة لها السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه، بل في الروابط القانونية جميعها، وإن كانت غير تعاقدية" (السنهوري، ص: 141) وتقلص هذا المبدأ مع ظهور قواعد قانونية تقيد الإرادة بحدود قانونية معينة، وقد يكون التعبير عن الإرادة صريحاً، وقد يأتي هذا التعبير بصورة ضمنية.

ويكون التعبير الصريح بأداة تدل على المعنى المقصود منه بحيث ينقضي معها أي احتمال آخر، أما التعبير الضمني فإنه يكون بإرادة لا تدل بذاتها على المعنى المقصود، ولكن ظروف الحال تصرفها إلى هذا المعنى، فبقاء المستأجر في العين المأجورة بعد انتهاء مدة العقد دلالة ضمنية على رغبته في تجديد العقد، (الذنون، الرحو، 2002، ص: 45).

وليس هنالك فارق بين التعبير الصريح والتعبير الضمني من حيث القيمة، غير أن القانون قد يتطلب أن يكون التعبير عن الإرادة مفرغاً في شكل خاص، وقد يقتصر القانون على ما دون ذلك، ويسمح باستخلاص الإرادة من التعبير الضمني (للمزيد راجع، الصده، ص: 94).

ويجب أن تكون الإرادة سواء أكان معبراً عنها صراحة أم ضمناً مطابقة للإرادة الحقيقية (الباطنية). أما عندما تختلف الإرادة الصريحة عن الإرادة الباطنة ؛ فإن هذا الأمر تتنازعه نظريتان، هما : نظرية الإرادة الباطنة، ونظرية الإرادة الظاهرة.

نظرية الإرادة الباطنة: تعتد هذه النظرية بالإرادة الحقيقية للمتعاقدين، أما مظهر التعبير وفق هذه النظرية، فليس إلا قرينة قابلة لإثبات العكس، وإذا ما ثبت أن التعبير لا يتفق مع الإرادة النفسية، فإنه يعتد بتلك الإرادة النفسية. (المزيد حول ذلك راجع الفار، ص: 47)، (الصده، ص: 98) .

أما نظرية الإرادة الظاهرة ؛ فمفادها أن الأوفق الاعتداد بالإرادة في مظهرها المادي كما عبر عنها، وذلك يدعو إلى استقرار التعامل، فالتعبير الذي يظهر هو الإرادة ذاتها عند أصحاب هذه النظرية (راجع تفصيل ذلك منصور، 2002، ص: 55).

وقف المشرع الأردني موقف وسط بين النظريتين، فقد تمسك بالإرادة الظاهرة، ويفهم هذا الموقف من تبني المشرع الأردني للقاعدة الفقهية التي مفادها (الأصل في الكلام الحقيقة) فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حملة على المعنى الحقيقي (راجع المادة 2/214، والمادة 1/239) عن القانون المدني الأردني.

ويتضح تمسك المشرع الأردني بالإرادة الباطنة من خلال نص المادة (1/214) من القانون المدني والتي اشتملت على القاعدة الفقهية التي تقضي بأن (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني).

وأخيراً، قد يصح التعبير عن الإرادة بين المتعاقد نفسه أو قد تحل إرادة شخص آخر يُسمى النائب محل إرادة المتعاقد، ونحن في هذا الصدد نرجئ البحث في ذلك للحاجة، إلى بحثه عند تناول التعبير عن الوسيط المؤتمت لاحقاً.

هذا الموضوع من إشكالات وتساؤلات تتعلق بجواز التعبير عن الإرادة إلكترونياً، وكذلك طرق التعبير الإلكتروني عن الإرادة وماهية رسائل المعلومات باعتبارها وسيلة للتعبير الإلكتروني عن الإرادة، ودور الوسيط المؤتمت في التعبير الإلكتروني عن الإرادة.

1- جواز التعبير الإلكتروني عن الإرادة:

تنص المادة (97) من القانون المدني الأردني على أن: (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي).

وتنص المادة (102) من ذات القانون على أنه (يعتبر التعاقد عبر الهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمها مجلس واحد حين العقد أما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس).

ومن خلال الأحكام القانونية أعلاه يتبين أن القواعد العامة الواردة في أحكام القانون المدني قد أجازت التعبير إلكترونياً عن الإرادة، ويستدل على ذلك من خلال إجازة هذه القواعد بأن يكون التعبير عن الإرادة باتخاذ أي موقف أو مسلك لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي، فأية طريقة سواء أكانت تقليدية أم إلكترونية تدل على التراضي، تصلح لأن تكون وسيلة للتعبير عن الإرادة.

ويضاف إلى ذلك أن المشرع ومن خلال نص المادة (102) المنوه عنه أعلاه، قد ترك الباب مفتوحاً للقياس على الهاتف للوسائل التي من الممكن أن تستحدث مستقبلاً، فقد أجاز هذا النص صدور الإيجاب من شخص إلى آخر عن طريق

الهاتف أو أية وسيلة مماثلة، وهو ما يفهم منه جواز التعبير عن الإرادة إلكترونياً في التعاقد عبر شبكة الإنترنت ووسائل الاتصال الحديثة إذا ما توافرت إرادة سليمة خالية من العيوب، واستوفت الشروط اللازمة لصحتها[1].

ولعل تطور شبكة الإنترنت وانتشارها، وما تحققه من مزايا أدى إلى التوسع الهائل في استخدام هذه الشبكة لإبرام العقود. وأمام هذا الواقع سعت العديد من المنظمات والدول إلى إجازة التعبير عن الإرادة إلكترونياً.

فقد أجاز قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الدولية لسنة 1996 تبادل التعبير عن الإرادة من خلال تبادل البيانات إلكترونياً في الأعمال التجارية، وذلك من خلال نص المادة (1/11).

وسار العديد من مشرعي الدول على نهج قانون الأونسترال بإجازة التعبير الإلكتروني عن الإرادة، ومن بين هؤلاء المشرعين المشرع المصري من خلال مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري والمشرع الأردني الذي اعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، ذلك من خلال نص المادة (13) من قانون المعاملات الإلكترونية التي تنص على أنه:

(تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي).

2- طرق التعبير عن الإرادة الكترونياً:

"شبكة الإنترنت ليست وسيلة جديدة للتعبير عن الإرادة، وإنما تنحصر جدتها وحداثتها في توصيل التعبير ليس إلا، فهي إذن وسيلة جديدة ومستحدثة في

(1) انظر في ذلك (إبراهيم، ص: 127)، (مطلق، ص: 161).

الاتصال فقط. ووسائل الاتصال ما زالت وستظل كما هي متمثلة في القول والفعل أو الكتابة أو الإشارة أو المبادلة الفعلية الدالة". (حجازي، ص:137).

ويؤكد الباحث صلاحية وسائل التعبير الصريحة والضمنية المستخدمة للتعبير عن الإرادة في العقود التقليدية باعتبارها وسائل للتعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، فالكتابة واللفظ والإشارة والمبادلة الفعلية تصلح وسائل للتعبير عن الإرادة في هذه العقود، غير أنها تتم عبر وسيط إلكتروني.

ويحاول الباحث من خلال استعراض طرق التعبير عن الإرادة إلكترونياً المتمثلة في التعبير عن الإرادة من خلال البريد الإلكتروني وعبر المواقع الإلكترونية وعن طريق المحادثة، وكذلك عبر التنزيل عن بعد، والتعبير عن الإرادة من خلال الهاتف والفاكس والتلكس بيان الآلية التي يتم فيها استخدام تلك الوسائل التقليدية للتعبير عن الإرادة عند التعبير عنها إلكترونياً.

أ- التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني[1]:

المقصود بالبريد الإلكتروني هو تبادل الرسائل بين الأطراف بطرق إلكترونية، وينظر عادة إلى البريد الإلكتروني على أنه معادل للبريد العادي[2]. (المطلق، ص: 162).

ويعد البريد الإلكتروني أهم الطرق التقنية للتعبير عن الإرادة عبر شبكة الإنترنت، وتتم عملية التعبير عن الإرادة عبر الإنترنت من خلال قيام شخص لديه عنوان بريد إلكتروني يحصل عليه من خلال اشتراك في خدمة البريد الإلكتروني، ويقوم بإرسال رسالة بيانات يكتب فيها عنوان المرسل إليه على الشبكة، وثم يقوم بكتابة الرسالة المعبرة عن رغبته في إبرام عقد ما في المكان

(1) راجع حول البريد الإلكتروني ما تقدم، ص: 13، 14.

(2) Michalael and Alistair, 2000, p: 81.

المخصص لذلك، وبعد ذلك يتم الضغط من خلال لوحة المفاتيح على زر الإرسال (send) الموجود في برنامج البريد الإلكتروني، وبعدها يتولى بهذا البرنامج إرسال الرسالة إلى عنوان المرسل إليه ويحفظها في صندوق يسمى البريد الوارد (Inbox)، وعندها يستطيع المرسل إليه قراءة تلك الرسالة التي وصلت إلى عنوانه البريدي الخاص، والرد عليها إذا شاء، وذلك بالضغط على زر (Reply).

وهكذا يتم إرسال الإيجاب من قبل المرسل من خلال عرض السلعة محل العقد ويقوم المرسل إليه بتلقي ذلك الإيجاب وله قبوله أو التعديل عليه أو التفاوض بشأنه، وكل ذلك يتم من خلال برنامج البريد الإلكتروني.

الكتابة[1] هي وسيلة التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني، ويذهب

---

(1) الكتابة في اللغة: هي الخط، وهو تصوير اللفظ بحروف هجائية. ويقال كتب الكتاب كتباً. وكتابه: خطه (الجرجاني، 1998، ص: 133).

ليس هنالك اتفاق على مدى الاعتداء بالكتابة كأداة للتعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، فمنهم من وسع على العاقد في استعمال هذه الأداة، ومنهم من ضيق عليه، على أن إجماع الفقهاء قد انعقد على إبعاد الكتابة كوسيلة للتعبير عن الإرادة حالة التعاقد بين حاضرين في عقد النكاح. انظر الآراء الفقهية حول ذلك (سوار، 1998، ص: 208).

أما القوانين، فقد أجازت استخدام الكتابة في التعبير عن الإرادة في التعاقد (المادة (93) مدني أردني والمادة (90) مدني مصري).

وتصلح الكتابة وسيلة للتعبير عن الإرادة في أي شكل من أشكالها عرفية أو رسمية وفي شكل سند أو خطاب أو نشرة أو إعلان (السنهوري، 1998، ص: 153)، وتفرغ على دعامة يكتب فوقها، وهي وسيلة لتثبت المعلومات.

من هنا ؛ لابد من إيراد شروط الكتابة أولاً، ثم استعراض الشروط الواجب توافرها في الدعامة التي يكتب فوقها.

شروط الكتابة: 1- أن تكون الكتابة مرسومة (أي معنونة باسم كاتبها واسم المكتوب إليه). 2- أن تشمل دلالة على منشئها.

أما شروط الدعامة؛ فهي:

1- أن تكون قادرة على أن تبين الكتابة وتوضحها. 2- تكون الدعامة ثابتة، إذ يكون ما يكتب عليها ثابت مستقر.

=

بعض من شراح القانون إلى اعتبار الكتابة كوسيلة للتعبير عن الإرادة عبر الإنترنت هي كتابة من نوع خاص[1].

ويتفق الباحث فيما ذهب إليه معظم الشراح[2] من حيث إن هذه الكتابة لا تختلف عن الكتابة العادية سوى أن الوسيلة اختلفت، فالكلمات هي نفسها والقواعد الناظمة للكتابة لم تختلف، ومن أجل توضيح ذلك خلص جانب من شراح القانون إلى إنشاء مقارنة بين ما يحدث في التعاقد عبر الفاكس والتلكس، وما يحدث في التعاقد عبر البريد الإلكتروني وذهبوا إلى أن ما يحدث هو الشيء ذاته "لذا فإن التعبير لا يعدو كتابة خاصة ولا نظاماً مختلطاً[3]، فالتعبير الصريح بالكتابة يكون بالكتابة المباشرة أو بالفاكس أو التلكس أو بوساطة الإنترنت" (العجلوني، 2002، ص:46).

ب- التعبير عن الإرادة عبر المواقع الإلكترونية website:

الموقع الإلكتروني: "هو مجموعة من الصفحات على شبكة الإنترنت حول تنظيم ما أو موضوع خاص" (المومني، ص:34).

ويعرف بعضهم الموقع الإلكتروني بأنه " مجموعة من وثائق موضوعة معاً في عنوان واحد عبر الشبكة" (السوسوه، ص:93).

وتحتوي شبكة الإنترنت ملايين المواقع الإلكترونية، ولكل موقع عنوان

= ومن مضاهاة هذه الشروط بالكتابة الإلكترونية الواردة في نص المادة (1/10/أ ب) من قانون الأونسترال النموذجي نجد إمكانية تحققها بالكتابة الإلكترونية والدعامة الإلكترونية (انظر تفصيل ذلك السوسوه، ص: 164)، (حجازي، 123).

(1) انظر في ذلك (المومني، ص: 33)، (يونس، ص: 206).

(2) انظر (إبراهيم، ص: 130)، (مطلق، ص: 163).

(3) عد الأستاذ الدكتور منذر الفضل أن الكمبيوتر هو الذي يتولى التعبير عن الإرادة بدلاً من الإنسان الذي يكون صاحب الإرادة، وهو على هذا نظام مختلط (الفضل، ص: 132).

خاص به غير متكرر ويقوم مقام العنوان العادي أو رقم التلفون، ويستطيع مستخدم الإنترنت من خلال معرفة العنوان تصفح الموقع الذي يريد، وعلى مدار الساعة.

ويقدم الموقع الإلكتروني كماً هائلاً من المعلومات المتعلقة بالجانب الذي يختص به ذلك الموقع، هذه المعلومات تكون خليطاً من نصوص وبيانات ورسوم وغير ذلك.

وقد عمل العديد من التجار وأصحاب المصانع الكبرى ومقدمي الخدمات على الإفادة من خدمة المواقع الإلكترونية في تسويق منتجاتهم، وذلك من خلال ما يعرف بالمتاجر الافتراضية، أو من خلال الإعلان عن المنتجات والخدمات عبر المواقع الإلكترونية المختلفة. وبموجب ذلك، يستطيع المستهلك التعبير عن إرادته بعد إدخال المعلومات الضرورية، كاسمه، وعنوانه، والبريد الإلكتروني العائد له.

وهنا يثار التساؤل الآتي كيف يتم التعبير عن الإرادة عبر الموقع الإلكتروني؟

يتم التعبير عن الإرادة عبر الموقع الإلكتروني باستخدام إحدى الوسائل الآتية:

1- التعبير عن الإرادة بالكتابة: وخير مثال على استخدام هذه الوسيلة للتعبير عن الإرادة هو قيام المتعاقد عند تصفحه برنامج المتجر الافتراضي بتعبئة الفراغات المخصصة في نافذة البرنامج بكتابة عبارات دالة على موافقة على الشراء من المتجر الافتراضي، ومن ثم الضغط على الزر الخاص بالإرسال، وهنا نكون بصدد التعبير عن الإرادة بكتابة إلكترونية[1].

(1) راجع في ذلك (السوسوه، ص: 161).

2- التعبير عن الإرادة بالإشارة[1]: "يمكن التعبير عن الإرادة عبر الموقع الإلكتروني، باستخدام بعض الإشارات والرموز التي أصبح متعارفاً عليها، فهنالك إشارات تدل على الرضا ـ مثل وجه مبتسم ـ وإشارات تدل على الرفض ـ مثل وجه غاضب ـ وهي إشارات لا تخرج عن المعنى

(1) التعبير بالإشارة: "يقصد بالإشارة كل حركة مقصودة يحدثها الإنسان قاصداً بها الإعراب عن معنى ما (المطر، ص: 164).

التعبير عن الإرادة بالإشارة قد يكون من الأخرس، أو من غير الأخرس. بالنسبة للغير الأخرس فقد تم التفريق بين الأخرس غير القادر على الكتابة وفي هذا الباب اتفق الفقهاء جميعهم على جواز التعبير عن الإرادة بالإشارة، شريطة أن تكون الإشارة مبهمة، وأن يكون الأخرس غير قادر على الكتابة (ابن قدامة، ج4، ص: 5).

أما فيما يتعلق بإشارة الأخرس القادر على الكتابة، فقد انقسم الفقه إلى رأيين ؛ رأي أجاز التعبير عن الإرادة بالإشارة للأخرس القادر على الكتابة، ورأي آخر قال بعدم جواز التعبير بالإشارة إذا كان الأخرس يعرف الكتابة (للتفصيل في آراء الفقه حول ذلك انظر، ص: 218).

الباحث في هذا الصدد يميل إلى ترجيح إجازة التعبير بالإشارة سواء أكان الأخرس قادراً على الكتابة أم غير قادر على ذلك، لأن الإشارة المفهومة تقوم مقام اللفظ.

أما فيما يتعلق بالتعبير عن الإرادة بالإشارة من القادر على النطق، فقد انقسم الفقه في ذلك إلى رأيين، رأي أجاز التعبير بالإشارة من القادر على النطق (الجوزية، ج1، ص: 258،189)، ورأي آخر مع عدم الاعتداء بالإشارة للتعبير عن الإرادة عندما تصدر من القادر على النطق (ابن عابدين، ج5، ص: 14)، (السيوطي، ص: 312)، (ابن مفتاح ج3، ص: 9).

ويؤيد الباحث ما ذهبت إليه أغلب التشريعات من جواز التعبير عن الإرادة بالإشارة من الأخرس أو غير الأخرس، شريطة أن تكون مفهومة وتعارف عليها الناس، مذهبه في ذلك أن العبرة للتعبير هو الإفهام وهذا الإفهام متحقق باللفظ والكتابة والإشارة.

التعبير عن الإرادة بالإشارة عبر الإنترنت:

يخالف الباحث ما ذهب إليه البعض من أن الإشارة لم يظهر لها استخدام أو تطبيق عملي معين على شبكة الإنترنت (راجع في ذلك حجازي، ص: 136) ومن ثم حصر التعبير عن الإرادة عبر الإنترنت باللفظ والكتابة. ويرى الباحث أن التعبير بالإشارة وفقاً للواقع العملي والاستناد قياساً إلى النص القانون الوارد في المادة (102) مدني أردني جائز كما هو الحال في التعبير بالإشارة في العقود التقليدية، ويوضح هذا التوجه ما ورد في البند (ثانياً) الوارد في النص أعلاه، وسيتم بيان ذلك عند تناول التعبير عن الإرادة عبر غرف المحادثة لاحقاً.

التقليدي للإشارة، سوى أن الإشارة الجديدة هي إشارة صادرة عن جهاز كمبيوتر، ولكنها تعبر عن إرادة المتعاقد، وليس الكمبيوتر لأنه أداة صماء" (العجلوني، ص:47).

3- التعبير عن الإرادة بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي[1]: "يتم ذلك بأن يعرض الموجب على متصفح الموقع الإلكتروني بيعه كاميرا مثلاً، فيقوم المتصفح الذي يعد قابلاً بإعطائه رقم بطاقة الائتمان فيما خصم قيمة الكاميرا من رصيده فوراً، وهنا نرى أن القابل لم يتلفظ أو يكتب أو يشير بالقبول، وإنما قام بفعل دال على الرضا. ومن المعروف أنه من الممكن إتمام عملية الوفاء عبر الإنترنت حين يتم نقل الأموال إلكترونياً وذلك في أي وقت من خلال خصمها من حساب الموجب أو القابل وذلك بين المصارف بطريقة آلية شريطة وجود بطاقة للعميل، ورقم خاص للسرية" (يونس، ص:22).

4- التعبير عن الإرادة من خلال الضغط على زر الموافقة الموجود على لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر الشخصي، أو بالضغط بالمؤشر الفأرة: تسمى هذه الطريقة (ok box)، وتستخدم من أجل التعاقد سواء بشأن المنتجات أو الخدمات الموجودة على صفحة الويب، إذ يختار المستهلك السلعة المنشودة، ويضغط على أيقونة الموافقة، فتظهر أمامه صفحة

(1) التعبير عن الإرادة بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي:

يقصد بذلك تنفيذ العقد مباشرة دون المرور بخطوات إبرامه (المطر، ص: 167)، ويطلق على المبادلة الفعلية الدالة على التراضي مصطلح المعاطاة، ويقصد به الإعطاء من أحد العاقدين لآخر دون تلفظ بإيجاب وقبول (المغربي، 2006، ص: 35). ويجمع أغلب الفقه والتشريع على جواز التعبير عن الإرادة بالمعاطاة، في التعاقد عبر الإنترنت، وتجد هذه الوسيلة مجالاً واسعاً للتطبيق، ولا خلاف عند أغلب شراح القانون على جواز التعبير بها في هذا النوع من التعاقد.

أخرى تتضمن العقد النموذجي الذي يشتمل على شروط العقد وبنوده فلا يستطيع مناقشته أو التفاوض بشأنها، فإذا أراد المستهلك إتمام التعاقد يقوم بالضغط على أيقونة القبول. (مطلق، ص:164).

ويؤخذ على هذه الطريقة احتمالية الخطأ أو النسيان من خلال الضغط على أيقونة الموافقة من دون قصد التعاقد. لذا فإننا نجد أن معظم الشركات التجارية تزود صفحات الويب ببرنامج معلوماتي يعبر عن الرغبة الجادة في إبرام التعاقد، كأن يشترط الضغط مرتين على زر الموافقة، وبث رسالة إلكترونية تفيد الموافقة والرغبة في إتمام التعاقد (إبراهيم، ص:131).

ج- التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة Internet reply chat:

يستطيع مستخدم الإنترنت من خلال برنامج المحادثة (IRC) التحدث مع شخص آخر في وقت واحد، وتمكّن هذه الطريقة من المعاصرة الزمنية في التعبير عن الإرادة في إبرام العقد الإلكتروني في اللحظة نفسها.

تتطلب هذه الطريقة وجود برنامج المحادثة (IRC) الذي يشترط في تشغيله أن يكون الطرفان متصلين بأحد أجهزة خدمة (IRC).

وتتم آلية عمل هذا البرنامج من خلال تقسيم الصفحة الرئيسة إلى قسمين، ويكتب كل متعاقد أفكاره على شاشة جهازه الشخصي في القسم الأول، ويرى في الوقت ذاته ما يكتبه الطرف الآخر في القسم الثاني من صفحة البرنامج؛ مما يوفر التفاعل الزمني بين الطرفين[1][2].

---

(1) راجع في ذلك (بهجت، 2009، ص: 94)، (التهامي، ص: 55).

(2) يثار تساؤل في هذا الجانب عن الفرق بين الكتابة عبر برنامج المحادثة والكتابة عبر برنامج البريد الإلكتروني؟

الكتابة عبر البريد الإلكتروني تتم بإرسال رسالة إلى مكان آخر - البريد الإلكتروني للمرسل إليه - وقد يطلع عليها بعد فترة، بعكس الكتابة عبر برنامج المحادثة التي توفر الاطلاع الفوري على تلك الكتابة، =

ويوفر استخدام هذا البرنامج من التحدث إلى الآخرين بالصوت ـ أي أن وسيلة التعبير عن الإرادة في هذه الحالة تكون باللفظ[1] ـ إضافة إلى ذلك يوفر استخدام غرف الدردشة فرصة المشاهدة الحية من خلال إضافة كاميرا رقمية، إذ تتيح هذه الكاميرا لكل طرف مشاهدة الطرف الآخر، وهنا نكون أمام تعبير عن الإرادة بوساطة الإشارة المعهودة، بالإضافة إلى اللفظ.

د- **التعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد Downloading:**

يقصد بمصطلح التنزيل عن بعد (Download) "نقل أو استقبال أو تنزيل أحد الرسائل أو البرنامج أو البيانات عبر الإنترنت إلى الكمبيوتر الخاص بالعميل كتصميم هندسي. وهو ما يسمى في التجارة الإلكترونية بالتسليم المعنوي.

= والرد الفوري وهذا النظام مثل التخاطب الكلامي الفعلي باستثناء استبدال الصوت بالكتابة (سيمبسون، 1999، ص: 191).

(1) يعد اللفظ من أول وأقدم الطرق التي عرفها التعبير عن الإرادة في إنشاء العقود، فهو الأداة الطبيعيّة للتفاهم بين الأفراد في كشف المقاصد والرغبات، ولذلك فإن الأصل في التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، لأن الإرادة أمر نفسي لا سبيل إلى العالم إلا بها، ويتم تحديدها من خلال التعبير عنها، ومما لا شك فيه أن الألفاظ من أوضح الدلالات في الكشف عن تلك الإرادة (العبودي، ص: 42).

من هنا، جاءت المكانة المتميزة للفظ عند فقهاء المسلمين باعتبارها أداة للتعبير عن الإرادة، على أن نظرة المذاهب الفقهية الإسلامية لقيمة اللفظ ليست واحدة، بل تتدرج من إغراق شديد في هذا التقدير إلى اهتمام كبير به، ثم إلى الاعتدال في النظر إليه ومعاملته مع غيره من وسائل التعبير على قدم المساواة (راجع في ذلك سوار، ص: 268).

وتكون صيغة اللفظ في القانون المدني الأردني بصيغة الماضي أو المضارع أو الأمر إذا ما توافرت النّية (انظر في ذلك سلطان، ص: 53)، أما صيغة الاستقبال التي تكون بمعنى الوعد المجرد، فينعقد بها العقد وعداً ملزماً إذا انصرف إليه قصد المتعاقدين (المادة 92 مدني أردني)، (انظر في ذلك الحلالشة، ص: 40).

ويذهب الباحث في هذا الاتجاه إلى الرأي القائل: إن صيغة اللفظ في العقود المالية يجب إرجاعها إلى عرف الناس وعاداتهم لا إلى قواعد النحو والصرف، ولأن أغلب أطراف العقود خاصة في هذا الزمان يجهلون هذه القواعد، والقول بغير ذلك فيه مشقة وضيق وحرج على الناس في معاملاتهم والدين يسر" (الموسوه، ص: 127).

ويمكـن إبـرام العقـد وتنفيـذه علـى الخـط دون الحاجـة إلى اللجـوء إلى العـالم الخارجي، وهـو عكس مصطلح (Vpload) الـذي يقـصد بـه التحميل عن بعد، وهي عملية إرسال ملف أو برنامج إلى جهاز كمبيوتر آخر". (مطلق، ص:165).

ويتم التعبير عند الإرادة باستخدام التنزيل عن بعد باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال دلالة على حقيقة المقصود[1] ومثال ذلك قيام شخص بنقل برنامج إلى الكمبيوتر الخاص بشخص آخر مقابل خصم قيمة ذلك البرنامج من بطاقة الائتمان العائدة إلى شخص المرسل إليه، بعد أن يقوم هذا الشخص بتزويد المرسل بالرقم السري للبطاقة.

هـ- التعبير عن الإرادة من خلال الهاتف والفاكس والتلكس:

يمكـن إدراج التعبير عـن الإرادة بوسـاطة الهـاتف ضمن طـرق التعـبير عـن الإرادة باللفظ، وهو تعبير شفوي صريح، والتعاقد بالهاتف تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان (العبودي، ص:49، 50).

ويدرج التعبير عن الإرادة عن طريق الفاكس والتلكس ضمن التعبير عن الإرادة بالكتابة (العجلوني، ص: 49 ـ 50).

3- رسائل المعلومات كوسيلة للتعبير الإلكتروني عن الإرادة:

أدى استخدام وسائل الاتصال الحديثة إلى ظهور وسائل غير تلك الوسائل التقليدية للتعبير عن الإرادة أبرزها استخدام رسائل المعلومات للتعبير عن الإرادة،

(1) يقصد بالتعبير عن الإرادة باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي: أن يعبر المتعاقد عن إرادته بأن يتخذ موقفاً يدل دلالة قاطعة على أنه يريد التعبير عن أرائه من خلال هذا الموقف (المطر، ص: 166) ومثال ذلك وقوف عربات الركوب ونحوها في الأماكن المعدة لذلك، إذ يعد عرضاً صريحاً على الجمهور (السنهوري، ص: 176).

إذ يتبادل أطراف العلاقة العقدية رغباتهم في إبرام العقد من خلال إرسال رسائل إلكترونية تعرف برسائل المعلومات[1].

ويتطلب تناول موضوع رسائل المعلومات باعتباره وسيلة للتعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني الوقوف على مفهوم هذه الرسائل، وبيان مدى صلاحية هذه الرسائل للتعبير عن الإرادة، كما يثير انتقال هذه الرسائل التي تحمل الإرادة المعبرة عن الرغبة في التعاقد مخاوف من الخطأ أو العبث، الأمر الذي يتطلب تسليط الضوء على تنظيم إسناد رسائل المعلومات.

أ- مفهوم رسالة المعلومات:

يستلزم تحديد مفهوم رسالة البيانات تعريفها، وتوضيح الأطراف المشتركة فيها، فكل رسالة بيانات تتطلب وجود منشئ لها ومرسل إليه.

ونتناول فيما يأتي تعريف رسالة البيانات في بند وأطرافها في بند آخر.

1- *تعريف رسالة البيانات:*

على نحو مختلف عمّا يؤثره الفقه، تولت أغلب التشريعات الناظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية تعريف رسالة البيانات.

إذ عرف قانون الأونسترال النموذج بشأن التجارة الإلكترونية في الفقرة (أ) من المادة (2) رسالة البيانات بأنها: (المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تخزينها بالوسائل الإلكترونية أو الضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس أو النسخ البرقي).

وعرّف المشرّع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية في المادة (2) هذه

---

(1) يطلق على رسائل المعلومات تسميات عدة منها رسائل البيانات والرسالة الإلكترونية والسجل الإلكتروني، والمحرر الإلكتروني والمستند الإلكتروني.

الرسالة بأنها: (المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسليمها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي).

وتولى المشرع في إمارة دبي تعريف رسالة البيانات في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم (2) لسنة 2002، إذ عرفت المادة (2) من هذا القانون الرسالة الإلكترونية بأنها: (معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية أياً كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه)[1].

ويتضح من الاطلاع على ما ورد من تعريف لرسالة البيانات ما يأتي:

أولاً: قد ترسل رسالة البيانات أو تستلم من خلال وسائل أخرى غير الإنترنت، كأن تستلم بطريق الفاكس أو التلكس أو البرق (حجازي، **2007**، ص: **120**).

ثانياً: ترك التعريف الباب مفتوحاً أمام ما قد يظهر مستقبلاً من تطورات تقنية في وسائل الاتصال، لتطبيق مفهوم رسالة البيانات يؤكد ذلك أمرين:

أ- جاء التعريف على تعداد الوسائل على سبيل المثال لا الحصر.

ب- استخدام مصطلح "الوسائل المشابهة"، والمقصود من ذلك أن تستوعب وسائل إبلاغ المعلومات وتخزينها التي قد تستعمل لأداء وظائف موازية للوظائف التي تؤدى بالوسائل المذكورة في التعريف، على الرغم من أن وسائل الاتصال والإبلاغ الإلكترونية والبصرية على سبيل المثال قد لا تكون متشابهة بصريح العبارة لأغراض القانون المدني، فإن

(1) يطابق هذا التعريف تعريف المشرع الإماراتي في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الاتحادي في دول الإمارات العربية المتحدة وكذلك يوافق التعريف الوارد في المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية لمملكة البحرين والفصل الأول من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري وتعريف المشرع الكندي الواردة في المادة (1/2) من القانون الموحد بشأن التجارة الإلكترونية 1999.

كلمة "مشابهة" تعني ضمناً مساوية وظيفياً، (مراد، د.ت، 279) وهذا يؤكد المبدأ الذي يقوم عليه القانون النموذجي، وهو مبدأ التنظير أو التكافؤ الوظيفي[1].

ثالثاً: لا يقتصر مفهوم رسالة البيانات على الإبلاغ، بل يتعدى ذلك ليشمل السجلات التي ينتجها الحاسوب، والتي لا يقصد منها الإبلاغ ، والبيانات التي يخزنها الشخص لمعلوماته أو تجارته الخاصة (رحيم، ص: 97).

رابعاً: يقصد من تعريف رسالة البيانات اشتمالها على حالة الإلغاء أو التحويل، ويفترض أن يكون لرسالة البيانات مضمون ثابت من المعلومات، ولكن يجوز أن يلغى أو يعدل برسالة بيانات أخرى. (مراد، ص: 279).

خامساً: يشمل مفهوم رسالة البيانات التواصل الصوتي أو الكتابي أو المرئي الذي يجري بين الأطراف الحاضرين عبر الإنترنت، يؤكد ذلك أن تعريف رسالة البيانات قد أشار أنها عبارة عن "معلومات"، والمعلومات[2] عبارة عن بيانات ونصوص وصور وأشكال وأصوات ورموز؛ أي أن كل ما له دلالة واضحة ويتم تبادله من خلال وسائل الاتصال الحديثة يعد رسالة بيانات، وبما أن رسالة البيانات هي وصف للمعلومات التي يتم تبادلها من خلال وسائل الاتصال الحديثة ومنها الإنترنت، فإن ذلك يعني عدم قصر مفهوم الرسالة الإلكترونية على عملية التراسل بين الأطراف الغائبين، وإنما المقصود بها عملية تبادل المعلومات بين الأطراف من خلال هذه الوسائل، سواءً أكانوا حاضرين من خلال برنامج

---

(1) يقصد بمبدأ التكافؤ الوظيفي: مساواة مخرجات تقنيات الاتصال الحديثة مع المستندات التقليدية سواء في إبرام العقد أو إثباته ما دامت تقوم بنفس وظائف الورق وبنفس درجة الأمن والموثوقية. (يونس، ص: 228).

(2) عرفت المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المعلومات بأنها : (البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز وقواعد البيانات وبرامج الحاسوب وما شابه ذلك).

المحادثات أو غائبين، وتم تبادل المعلومات من خلال البريد الإلكتروني، والمتجر الافتراضي" (السوسوه، ص:227).

سادساً: لا يوجد ما يمنع من أن يشتمل مفهوم رسالة البيانات على إبلاغ المعلومات وإنشائها عن طريق الضغط على زر الموافقة أو الرفض.

على الرغم من عدم الإشارة الصريحة إلى مثل هذه الحالة في التعريف فإن الباحث يذهب إلى أن رسالة البيانات تشمل هذه الحالة، ومبرر ذلك أن زر الموافقة أو الرفض هو اختصار لمعلومات معينة، وعندما يتم الضغط على هذا الزر تنتقل هذه المعلومات التي يعبر عنها هذا الزر من طرف إلى آخر، كانتقال رسالة البيانات.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن قانون كندا الموحد بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1999 وفي نص المادة (20/1/ب) قد عدّ النقر على زر أو مكان معين بشكل ملائم على شاشة الحاسوب طريقة للتعبير عن القبول[1].

2- *أطراف رسائل البيانات:*

يتم تبادل رسائل البيانات باعتبارها وسيلة للتعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية عبر وسيط إلكتروني، يتطلب هذا التبادل وجود أطراف عدة تشترك في عملية التبادل، طرف يقوم بإنشاء الرسالة وإرسالها، وطرف آخر يستقبل تلك الرسالة، ووسيط يتم من خلاله تبادلها.

ويهدف تبادل رسائل البيانات إلى إنتاج أثر قانوني يتمثل في إبرام العقد؛ لأن العقد يرتب التزامات متقابلة يلزم بها أطرافه ـ مبدأ نسبة العقد ـ[2] ولابد من

---

(1) انظر في ذلك (FREEDMAN, P10) متاح على الموقع
www.ecoutrasting-zone.org/liks.htm-6k
تاريخ وقت الزيارة يوم 2011/11/10، الساعة : 3 صباحاً.

(2) يقصد بمبدأ نسبية العقد: أن العقد ليس له أثر ملزم إلا بين طرفيه: فما يترتب على عقد معين لا يمكن أن =

تحديد أطراف رسالة البيانات لغايات الوقوف على الالتزامات الواجبة على كل طرف من الأطراف المشتركة في تلك الرسائل.

ونسلط فيما يأتي الضوء على مرسل الرسالة والمرسل إليه والوسيط:

أ- مرسل الرسالة (المنشئ):

عرفت الفقرة (ج) المادة الثانية من قانون الأونسترال النموذجي منشئ رسالة البيانات بأنه: (الشخص الذي يعتبر أن إرسال رسالة البيانات قبل تخزينها. أن حدثاً قد تم على يديه أو نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة).

وعرف قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في المادة (2) المنشئ بأنه: (الشخص الذي يقوم بنفسه أو بوساطة من ينيبه، بإنشاء أو إرسال رسالة المعلومات قبل تسلمها وتخزينها من المرسل (إليه)).

عرّف المشرع في إمارة دبي المنشئ في المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية بأنه: (الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم أو يتم بالنيابة عنه إرسال الرسالة الإلكترونية أياً كانت الحالة ولا يعتبر منشئاً الجهة التي تقوم بمهمة مصدر شهادات فيما يتعلق بإنتاج أو معالجة أو إرسال أو حفظ تلك الرسالة الإلكترونية وغير ذلك من الخدمات المتعلقة بها).

يتضح من النصوص السابقة ما يأتي:

أ- مفهوم المنشئ في العقود الإلكترونية ينطوي على ذلك الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم بإنشاء رسالة البيانات وإرسالها إلى المرسل إليه.

= يضر بالغير، كما لا يمكن كأصل عام أن ينفعهم (السرحان، خاطر، ص: 268)، وقد أقر القانون المدني الأردني هذا المبدأ بموجب نص المادة (110) التي جاء فيها (من باشر عقداً من العقود بنفسه لنفسه فهو ملزم دون غيره بما يترتب عليه من أحكام).

ب- "ينبغي لتعريف المنشئ أن لا يشمل الحالة التي تنشأ المعلومات فيها والتبليغ فحسب، بل يشمل أيضاً الحالة التي تنشأ المعلومات فيها وتخزن دون أن تبلغ، بيد أنه يقصد من تعريف المنشئ أن يستبعد احتمال اعتبار المتلقي الذي يقوم بتخزين رسالة البيانات منشئاً فحسب". (مراد، ص:281).

ج- تعد رسائل البيانات التي يتم تبادلها بين الأجهزة المؤتمنة دون تدخل عنصر بشري في بعض الأحيان، رسالة ناشئة من قبل الشخص الذي قام ببرمجة الجهاز ليعمل باسمه ولحسابه[1].

ب- المرسل إليه:

عرفت الفقرة (د) من المادة (2) من قانون الأونسترال النموذجي المرسل إليه بأنه: (الشخص الذي قصد المنشأ أن يتسلم رسالة البيانات، ولكنه لا يشمل الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة).

وعرفت المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المرسل إليه بأنه: (الشخص الذي قصد المنشئ تسليمه رسالة المعلومات).

وعرفت المادة (2) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي المنشئ بأنه: (الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي قصد منشئ الرسالة توجيه رسالته إليه، ولا يعتبر مرسلاً إليه الشخص الذي يقوم بتزويد الخدمات فيما يتعلق باستقبال أو معالجة أو حفظ المراسلات الإلكترونية، وغير ذلك من الخدمات المتعلقة بها).

ومما سبق يستخلص الباحث أن المرسل إليه هو الشخص الطبيعي والمعنوي الذي قصد المنشئ الاتصال به عن طريق إرسال رسالة بيانات، وهو

(1) انظر في ذلك (رحيم، ص: 199)، (السوسوه، ص: 236).

بذلك يتميز عن أي شخص قد يتلقى أو يرسل أو ينشئ رسالة البيانات أثناء عملية الإرسال[1].

ج- الوسيط الإلكتروني:

يتطلب تبادل رسائل البيانات لغاية إتمام التعاقد الإلكتروني وجود أطراف أخرى غير المرسل والمرسل إليه، لإتمام عملية التبادل في أغلب الأحيان؛ فلابد من وجود مزود لخدمة الإنترنت، أو مزود لخدمات مصرفية، أو شركات تجارية تسمح للموردين عرض سلعهم وخدماتهم عبر المواقع الإلكترونية لتلك الشركات - المتاجر الافتراضية - ويطلق على هؤلاء الأطراف الوسطاء على شبكة الإنترنت، ويكون لهم دور ذو أهمية في تسهيل عملية التعاقد عبر الإنترنت.

من هنا، سعت التشريعات الناظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية إلى إيضاح دور الوسيط على الشبكة، وميزت أغلب هذه التشريعات الوسيط عن أطراف رسائل البيانات (المرسل والمرسل إليه).

وقد عرف قانون الأونسترال النموذجي في الفقرة (هـ) من المادة الثانية الوسيط بأنه: (الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو تقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه) ويميز المشرّع في إمارة دبي الوسيط عن المرسل والمرسل إليه بصراحة النص ويلاحظ ذلك من خلال إيراد المشرع لعبارة:

(.... لا يعتبر مرسل/مرسل إليه، الشخص الذي يقوم بتزويد الخدمات فيما يتعلق باستقبال أو معالجة أو حفظ المراسلات الإلكترونية وغير ذلك من الخدمات المتعلقة بها). بعد تعريفه لكل من المرسل والمرسل إليه[2].

(1) انظر في ذلك (مراد، ص: 280).

(2) يخالف الباحث في هذا الصدد الرأي الذي ذهب إلى اعتبار أن تعريف المشرع لإمارة دبي لأطراف العقد =

ويلاحظ على هذه النصوص أنها سلطت الضوء على وظائف الوسيط، ولم توضح طبيعة العلاقة القانونية بين المرسل والمرسل إليه من جانب، والوسيط من جانب آخر، يضاف إلى ذلك عدم تحديد طبيعة النيابة التي يمارسها ذلك الوسيط، من حيث بيان حقوقه والتزاماته[1].

ويرى الباحث إمكانية معالجة ما لم يرد عليه النص في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني من النقاط المشار اليها أعلاه، من خلال الرجوع إلى القواعد العامة، ويمكن أيضاً من خلال القواعد العامة تحديد ما يترتب على الوسيط الإلكتروني من مسؤولية جنائية ومدنية في حال إذا ما نسب إليه عملاً يعد جريمة جنائية أو مسؤولية مدنية[2].

ب- صلاحية رسائل البيانات للتعبير عن الإرادة:

دفعت ثورة المعلومات والاتصالات وانتشار شبكات الاتصال في إبرام الصفقات والعقود العديد من المشرعين في الدول والمنظمات الإقليمية والدولية إلى إقرار هذا الواقع، ومن ثم إجازة التعبير عن الإرادة العقدية عبر الرسائل الإلكترونية، وهو ما يعني أن التقاء الإيرادات إلكترونياً كافٍ لإبرام التعاقد متى استوفى شروط صحته (إبراهيم، ص: 128).

وقد أجاز قانون الأونسترال النموذجي استخدام رسائل البيانات للتعبير عن

=

الإلكتروني أكثر دقة من نظيره الأردني "فقد استبعد من مفهوم المنشئ والمرسل إليه طائفة مزودي الخدمات من مفهوم هذين الطرفين وهو توجه سليم وصحيح" (الكسواني، 110).

ويرى الباحث أن المشرع الأردني لم يجانب الدقة بعدم إيراد هذا الاستبعاد، ذلك أنه أفرد بنداً خاصاً بتعريف الوسيط الإلكتروني في المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية، فهو بهذا التعريف ميز صراحة الوسيط الإلكتروني عن كل من المرسل والمرسل إليه.

(1) انظر في ذلك (رحيم، ص: 102).

(2) (حجازي، ص: 75).

الإرادة سواء أكانت إيجاباً أم قبولاً أم مجرّد دعوة إلى التفاوض أو التعاقد، ونصت المادة (1/11) من هذا القانون على أنه: (في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسائل بيانات في تكوين العقد، لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات لذلك الغرض).

ويؤكد هذه الإجازة ما ورد في دليل سن القوانين المرفق بالقانون النموذجي الذي جاء في التعليق على نص المادة أعلاه، أن النص يؤكد صراحة على جواز التعبير عن الإرادة بالرسائل الإلكترونية، إضافة إلى أنه يهدف إلى إشاعة الطمأنينة والثقة في التعاقد الإلكتروني[1].

ولم يقتصر ذلك القانون على إجازة التعبير عن الإرادة باستخدام الرسائل الإلكترونية في نص المادة أعلاه، بل نصت المادة (12) منه على أنه: (في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه، لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غير ذلك من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات ...).

وتؤكد المادة أعلاه أن القوة القانونية لا تلحق بالإيجاب والقبول (انعقاد العقد) فقط، بل تمتد لتشمل المراسلات والإنذارات كافة، وأي تعبير آخر عن الإرادة، يتعلق بتنفيذ العقد، فكل تعبير عن الإرادة يصدر إلكترونياً، ويتعلق بتنفيذ العقد يعد صحيحاً مرتباً لآثاره القانونية (المحاسنة، ص: 326).

وسار المشرع الأردني على نهج القانون النموذجي، وأنهى جدلاً كبيراً في وسيلة التعبير عن الإرادة في العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية. وقد نصت المادة (13) من قانون المعاملات الإلكترونية على ما يلي: (تعتبر رسالة البيانات وسيلة

(1) انظر في ذلك دليل التشريع المرفق بالقانون النموذجي بند (76، 77 ص: 44، 45).

من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي) ومن ثم فإن رسالة المعلومات وفق النص تصلح لإنشاء العقود أو إلغائها أو فسخها[1].

واتجهت أغلب التشريعات إلى تأكيد فكرة[2] جواز التعبير عن الإرادة باستخدام رسائل البيانات.

ويقابل هذا السعي الدولي لإقرار جواز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن الإرادة الحرص على صيانة مبدأ حرية الأطراف في اختيار وسيلة التعبير عن الإرادة المناسبة لهم.

وقد أكد ذلك نص المادة (5) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني الذي جاء فيه:

(أ- تطبق أحكام هذا القانون على المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذ معاملاتهم بوسائل إلكترونية ما لم يرد فيه نص صريح يقضي بغير ذلك.

ب- لمقاصد هذه المادة لا يعتبر الاتفاق بين أطراف معينة على إجراء معاملات محددة بوسائل إلكترونية ملزماً لإجراء معاملات أخرى بهذه الوسائل).

وجعلت المادة أعلاه تطبيق أحكام قانون المعاملات الإلكترونية على المعاملات بين الأطراف موقوفاً على اتفاقهم على تطبيق أحكامه، وكذلك أكد النص أن تطبيق أحكام القانون على معاملة معينة لا يعد ملزماً لإجراء معاملات أخرى.

وقد شرع ذلك احتراماً لإرادة المشرعين الوطنيين في استثناء بعض التصرفات

---

(1) انظر في ذلك (عرب، 2004، ص: 24).

(2) انظر في ذلك نص المادة (10) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لمملكة البحرين لسنة 2002، وكذلك نص المادة (13) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي لسنة 2002.

القانونية والعقود من تطبيق أحكام القواعد القانونية الناظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، وهذا ما أكدته الفقرة الثانية من المادة (11) من القانون الأونسترال النموذجي، وفي هذا الإطار نجد أن غالبية التشريعات قد اعتمدت على القانون النموذجي، واستثنت بعض التصرفات القانونية من نطاق تطبيقها ومنها قانون المعاملات الإلكترونية الأردنية فقد نصت المادة (6) على ما يأتي:

"لا تسري أحكام هذا القانون على ما يلي:

أ- العقود والمستندات الوثائق التي تنظم وفقاً لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة منها:

1- إنشاء الوصية وتعديلها.

2- إنشاء الوقف وتعديل شروطه.

3- معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينيّة باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال.

4- الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية.

5- الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة.

6- لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.

ب- الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهة المختصة استناداً إلى قانون الأوراق المالية نافذ المفعول".

يلاحظ على الاستثناءات الواردة أعلاه أنها تتعلق بالتصرفات القانونية الشكلية والعينية؛ أي تلك التصرفات التي لا يكفي التراضي لانعقادها، بل

يتطلب إفراغها بشكل معين، أو أن يتم فيها القبض (التسليم) لكي تنعقد بشكل صحيح، وتكون منتجة لآثارها القانونية.

ج- تنظيم إسناد رسالة البيانات والإشعار باستلامها:

لم يمنح انتشار استخدام رسالة البيانات باعتبارها وسيلة للتعبير عن الإرادة المتعاملين بهذه الوسيلة الثقة المطلقة والطمأنينة الكاملة، وبقي هنالك شيء من الخوف، من التعرض إلى الغش، أو الخطأ أو التلاعب بمضمون رسالة البيانات، لاسيما أن التعبير عن الإرادة باستخدام رسالة البيانات يتم بين أطراف غير مجتمعة في مكان واحد. لذا عملت التشريعات على إيجاد آليات من شأنها إشاعة جو من الطمأنينة لدى المتعاملين، ومستخدم رسالة البيانات للتعبير عن إرادتهم التعاقدية، تمثلت في وضع قواعد قانونية خاصة تنظم إسناد تلك الرسالة والإشعار باستلامها.

يحاول الباحث فيما يأتي بيان القواعد القانونية المتعلقة بإسناد رسالة البيانات في بند، والإشعار باستلامها في بند آخر.

1- إسناد رسالة البيانات:

حددت المادتان (14) و(15) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المعايير التي تراعى عند إرسال رسالة بيانات تعبر عن رضا الموجب أو رضا القابل[1].

ووضعت المادة (14) قاعدة تحكم إسناد رسالة البيانات مفادها اعتبار رسالة البيانات صادرة عن المنشئ، إذا كان هو من أرسلها بنفسه أو بوساطة شخص آخر نيابة عنه، أو وكيل إلكتروني (وسيط الكتروني)[2] مبرمج

(1) انظر في ذلك (الصرايرة، ص: 837).

(2) سيتم لاحقاً بيان تفصيلي للوسيط الإلكتروني عند تناول موضوع التعبير عن الإرادة بوساطة الوسيط الإلكتروني.

مسبقاً، إذ جاء فيها أنه: (تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه ولحسابه بواسطة وسيط إلكتروني يعد للعمل أتوماتيكياً بواسطة المنشئ أو بالنيابة عنه)[1].

وعدّ نص الفقرة الأولى من المادة (15) من القانون مدار البحث أن من حق المرسل إليه أن يفترض صدور الرسالة عن المنشئ، حتى لو لم تصدر عنه شخصياً، أو عن شخص ينوب عنه أو عن الوكيل الإلكتروني في الحالتين التاليتين[2]:

الحالة الأولى: إذا استخدم المرسل إليه نظام معالجة معلومات سبق أن تم الاتفاق مع المنشئ على استخدامه لهذا الغرض للتحقق من أن الرسالة صادرة عن المنشئ.

يلاحظ أن هذه الحالة شائعة الاستخدام في ميدان الإنترنت، إذ إنه قد يتفق الطرفان مسبقاً على اعتماد نظام معالجة معلومات (برنامج معين) يؤكد أن الرسالة المستلمة قد صدرت عن المنشئ، وفي هذه الحالة لا يملك المنشئ الدفع بعدم إرسال الرسالة، أو القول إن المرسل إليه ما كان عليه التصرف على هذا الأساس. (دودين، ص: **114**).

ويلاحظ أيضاً أن التزام المرسل إليه في هذه الحالة هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة (إبراهيم، ص: **113**).

الحالة الثانية: إذا كانت الرسالة التي وصلت إلى المرسل إليه ناتجة عن إجراءات قام بها شخص تابع للمنشئ كوكيل، أو نائب عنه مخول بالدخول إلى الوسيلة الإلكترونية المستخدمة لإثبات أن رسالة البيانات صادرة عنه فعلاً.

(1) يوافق هذا النص ما ورد بنص المادة (1/13، 2) من قانون الأونسترال النموذجي.

(2) نص قانون الأونسترال النموذجي على هاتين الحالتين بموجب المادة (3/13) منه.

وافتراض المرسل إليه أن رسالة البيانات صادرة عن المرسل في الحالتين السابقتين، هو افتراض قابل لإثبات العكس، فهو ليس قرينة قانونية قطعية، إذ يستطيع المنشئ أن ينفي إسناد الرسالة إليه في فرضين نصت عليهما الفقرة الثانية من المادة (15) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، وهما[1] [2]:

الفرض الأول: إذا استلم المرسل إليه إشعاراً من المنشئ يبلغه فيه أن الرسالة غير صادرة عنه، فعليه أن يتصرف على أساس عدم صدورها عن المنشئ، ويبقى المنشئ مسؤولاً عن أية نتائج قبل الإشعار.

ويلاحظ على هذا الفرض أن المشرع الأردني لم يشترط أن يتاح للمرسل إليه فترة زمنية مناسبة للتصرف على أساس أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ كما اشترطت بعض التشريعات، مثل القانون النموذجي، وقانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية.

ويذهب الباحث إلى ضرورة إيراد مثل هذا الشرط، حتى يتاح للمرسل إليه التصرف خلال تلك الفقرة.

وتجدر الإشارة إلى أن النص السابق قد حدد مسؤولية المنشئ عند تحقق هذا الفرض، بأن جعل المنشئ مسؤولاً عن الآثار القانونية المترتبة قبل الإشعار،

---

(1) نصت المادة (4/13) من قانون الأونسترال النموذجي على هذين الفرضين.

(2) اضاف المشرّع في إمارة دبي فرضاً ثالثاً وذلك في نص المادة (4/15) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، وهو : إذا كان من المعقول أو كانت الظروف وأوضاع التعامل تشير إلى أنه من غير المعقول للمرسل إليه أن يعد الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ أو أن يتصرف على أساس هذا الافتراض.

ويرى الباحث في هذا الصدد أن في ذلك زيادة لا حاجة لها ؛ لأن تطبيق الفرضين المنصوص عليهما في المادة يمكن أن يشملا هذا الفرض، وأن الظروف إذا كانت تشير إلى أن الرسالة لا يتصور أن تكون صادرة من المنشئ، فإن ذلك يدخل في باب علم المرسل إليه التي يتم معالجتها بالفرض الثاني من المادة (4/15) من القانون ذاته.

ويعفى من هذه المسؤولية المترتبة بعد الإشعار، وذلك حماية لاستقرار المعاملات، وتوفير الثقة والأمان في المعاملات الإلكترونية (رحيم، ص:112).

الفرض الثاني: إذا علم المرسل إليه، أو كان بوسعه أن يعلم أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ.

وهذا الفرض ينطوي على احتمالين هما:

الأول: علم المرسل إليه أن الرسالة المرسلة إليه ليست صادرة عن المنشئ.

الثاني: إمكانية علم المرسل إليه بأن الرسالة المرسلة إليه ليست صادرة عن المنشئ، وهذا يتطلب من المرسل إليه بذل عناية معقولة ـ عناية الرجل المعتاد ـ للعلم بذلك، فالأمر والحالة هذه لا يتطلب عناية خاصة من جانب المرسل إليه لإعمال هذا الفرض.

2- ***الإشعار باستلام رسالة البيانات:***

قد يتفق أطراف التعاقد الإلكتروني، على توجيه إقرار[1] باستلام الرسالة

---

(1) استخدمت أغلب القوانين مصطلح (الإقرار) عند تناولها بالتنظيم مسألة الإعلام باستلام رسائل البيانات، ومن هذه القوانين قانون الأونسترال النموذجي، وقانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي، وقانون المعاملات الإلكترونية لمملكة البحرين، في حين استخدم المشرّع الأردني مصطلح الإشعار الدلالة ذاتها.

ويرى الباحث أن الأنسب في الاستخدام هو استخدام مصطلح (الإشعار) وليس مصطلح (الإقرار) مؤيداً في ذلك ما ذهب إليه المشرّع الأردني وذلك لما يأتي:

الإقرار هو إخبار الإنسان عن حق عليه للآخر (المادة 44) من قانون البينات الأردني رقم (30) لسنة 1952. "ليس للإقرار شكل خاص، بل إن له صوراً متعددة. فهو قد يكون صريحاً أو ضمنياً، والصريح قد يكون مكتوباً أو شفوياً، وفي جميع الأحوال يكون الإقرار قضائياً وغير قضائي (السنهوري، 1956، ص: 474).

للإقرار خصائص عدة منها:

1- أنه عمل قانوني من جانب واحد.

2- هو اعتراف أو إخبار بواقعة سابقة الحدوث (شرف الدين، 2003، ص: 114).

من مضاهاة الواقع القانوني للإقرار مع دلالة المنوه عنه بالقوانين الناظمة لموضوع رسائل البيانات، المتمثل =

الإلكترونية سواء أكانت تتضمن مجرد تبادل إلكتروني[1] أم تتضمن إيجاباً أو قبولاً، حتى يكون المنشئ لها على دراية كافية من مصير تلك الرسالة والتصرف في ضوء ذلك. (إبراهيم، ص: 118).

ونظراً لأهمية استخدام نظام الإشعار لأنه يحقق مزيداً من الثقة والأمان، ويتم من خلاله التثبت من وصول رسالة البيانات إلى المرسل إليه، فقد سعت معظم التشريعات الناظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية إلى تنظيم أحكام الإشعار (الإقرار) وسنعمل من خلال استعراض نص المادة (16) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني التي تناولت مسألة الإشعار باستلام رسائل البيانات إلى توضيح الأحكام القانونية المتعلقة به.

= بقيام المرسل إليه بإعلام المرسل أو إشعاره باستلام رسالة البيانات الصادرة عن المرسل، وكذلك استعراض البنود الواردة في دليل القانون النموذجي المتعلقة بتنظيم مسألة الإقرار، نجد أن المقصود بمصطلح الإقرار هو الإشعار، ومن ثم يكون استخدام لفظ الإشعار للتعبير عن ذلك الإجراء أدق توصيفاً لهذا الإجراء من استخدام لفظ الإقرار.

(1) يقصد بالتبادل الإلكتروني: عملية تبادل البيانات والمعلومات بين أطراف محددة بطريقة إلكترونية ومن خلال الكمبيوتر يستخدم نظام تبادل البيانات إلكترونياً في كثير من العمليات، مثل إجراء التفاوض بين الأطراف وإبرام العقود والاستعلامات، وطلبات الشراء، ومواعيد الشحن، والتسليم، وبيانات الإنتاج وشهادات المطابقة، ودفع الفواتير، وخطابات الاعتماد.

تناولت العديد من الاتفاقيات الدولية تنظيم عملية التبادل الإلكترونية للبيانات وكانت تهدف هذه الاتفاقيات في مجملها إلى إنشاء إطار اتفاقي ملزم لتنظيم العلاقة بين مستخدم أنظمة التبادل الإلكتروني للبيانات (راجع تفصيل الاتفاقيات الناظمة للتبادل الإلكتروني للبيانات، المري، 1998، ص: 385 ـ 402).

يختلف نظام التبادل الإلكتروني للبيانات من الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني من حيث طريقة العمل، فالرسالة الإلكترونية المرسلة عن طريق نظام التبادل الإلكتروني يكون لها تشفير معين متفق عليه بين أطرافها مسبقاً، ولا يفهم رموز هذ الرسالة سوى المرسل والمستقبل عن طريق جهاز الكمبيوتر، الذي تم تزويده مسبقاً ببرنامج فك التشفير، بعكس الرسائل الأخرى المرسلة عبر الوسائل أعلاه. (المري، ص: 43).

تنص المادة (16) أعلاه على ما يأتي:

أ- (إذا طلب المنشئ من المرسل إليه بموجب رسالة المعلومات إعلامه بتسلم تلك الرسالة أو كان متفقاً معه على ذلك، فإن قيام المرسل إليه بإعلام المنشئ بالوسائل الإلكترونية أو بأية وسيلة أخرى، أو قيامه بأي تصرف، أو إجراء يشير إلى أنه قد استلم الرسالة يعتبر استجابة لذلك الطلب أو الاتفاق.

ب- إذا علق المنشئ أثر رسالة المعلومات على تسلمه إشعاراً من المرسل إليه بتسلم تلك الرسالة تعامل الرسالة وكأنها لم تكن إلى حين تسلمه لذلك الإشعار.

ج- إذا طلب المنشئ من المرسل إليه إرسال إشعار بتسلم رسالة المعلومات ولم يحدد أجلاً لذلك ولم يعلق أثر الرسالة على تسلمه ذلك الإشعار فله في حالة عدم تسلمه الإشعار خلال مدة معقولة، أن يوجه إلى المرسل إليه تذكيراً بوجوب إرسال الإشعار خلال مدة محددة تحت طائلة اعتبار الرسالة ملغاة إذا لم يتسلم الإشعار خلال هذه المدة.

د- لا يعتبر إشعار التسلم بحد ذاته دليلاً على أن مضمون الرسالة التي تسلمها المرسل إليه مطابق لمضمون الرسالة التي أرسلها المنشئ).

وعليه يمكن تلخيص الأحكام القانونية الناظمة للإشعار باستلام رسالة البيانات بما يأتي:

أولاً: الأصل أن الإشعار ليس ملزماً من الناحية القانونية، إذ إن المشرع أوقف استخدام هذا الإجراء على طلب المنشئ، أو لاتفاق المنشئ والمرسل إليه.

ويؤكد هذا الأصل ما ورد في البند (93) من دليل القانون النموذجي، اذ تعتبر هذه البينة أن استخدام الإقرار في هذه العملية هو قرار تجاري يتخذه

مستعملو وسائل التجارة الإلكترونية ولا يقصد القانون النموذجي أن يفرض استعمال مثل هذا الإجراء.

ثانياً: قد يرد اشتراط الإشعار قبل توجيه الرسالة من خلال اتفاق سابق بين المنشئ والمرسل إليه أو عند توجيه الرسالة، ويرد كذلك باتفاق ضمن الرسالة، أو اتفاق مستقل من خلال رسالة مستقلة[1].

ثالثاً: ينطوي الإشعار على أحد مقصدين:

أ- مجرد علم المنشئ بوصول رسالته إلى المرسل إليه.

ب- شرط لأعمال الرسالة وترتب آثارها.

يتوقف أثر رسالة البيانات في هذه الحالة على تلقي المنشئ للإشعار، تعامل هذه الرسالة فيما يتعلق بترتيب الحقوق والالتزامات القانونية بين المنشئ والمرسل إليه كأنها لم ترسل ـ وذلك إلى حين استلام المنشئ للإشعار من المرسل إليه (حجازي، 243).

من هنا، يمكن تكييف إرسال إشعار العقود الإلكترونية التي يتم التعبير عن الإرادة فيها بوساطة رسالة بيانات تتضمن مثل هذا الشرط على أساس الشرط الواقف[2]، ففي عقد البيع الإلكتروني مثلاً إذا كانت رسالة البيانات تتضمن تعبيراً عن إرادة المنشئ في إيجاب عقد البيع، وذكر المنشئ أن إيجابه مشروط بتلقي إشعار استلام رسالته من المرسل إليه ،وأن هذا الإشعار يعدّ قبولاً،

---

(1) انظر في ذلك نص الفقرة الأولى من المادة (14) من القانون النموذجي.

(2) الشرط الواقف: هو الشرط الذي يترتب على تحققه وجود الالتزام، فإذا تحقق الشرط وجد الالتزام، وإذا لم يتحقق لم يوجد كأن يهب شخص مالاً لآخر بشرط زواجه من امرأة معينة؛ فالزواج من هذه المرأة شرط واقف إذا تم الزواج لشأن الهبة، أو إذا لم يتم الزواج زال التزام الشخص بالهبة. (عبد الدايم، د. ت، 205).

فيكون العقد معلقاً على شرط واقف، وهو إرسال الإشعار بالقبول، فإذا لم يتم إرسال الإشعار لم ينشأ العقد[1].

رابعاً: يحق للمنشئ اعتبار رسالة البيانات ملغاة ـ كأنها لم تكن ـ في حال قام المنشئ بالطلب من المرسل إليه إرسال إشعار بتسلّم الرسالة، دون تحديد أجل لذلك الإشعار ودون تعليق أثر الرسالة على تسلم الإشعار، وفي هذه الحالة يحق للمنشئ إذا لم يصله الإشعار خلال مدة معقولة إرسال إشعار تذكير للمرسل إليه، يطلب فيه إرسال إشعار بتسلم الرسالة خلال مدة يحددها في إشعار التذكير، وإذا مضت المدة ودونما ورود إشعار بتسلم الرسالة، يحق للمنشئ اعتبار الرسالة ملغاة[2].

خامساً: لم يطلب المشرع شكلاً أو طريقاً معيناً للإشعار. من هنا، يخضع الإشعار من حيث الشكل إلى الاتفاق المبرم بين المنشئ والمرسل إليه إن وجد، وإذا لم يوجد اتفاق على شكل الإشعار فإنه يجوز أن يتم بأية وسيلة، كأن يرسل الإشعار عن طريق نظام إلكتروني مؤتمت أو عبر البريد الإلكتروني أو بواسطة الفاكس، أو بأية طريقة، أو سلوك يدل على وصول الرسالة، ومثال ذلك قيام المشتري في عقد البيع الإلكتروني بدفع الثمن عن طريق بطاقة الائتمان، أو بشيك إلكتروني، أو قيام المرسل إليه البائع بإرسال المبيع إلى المشتري[3].

سادساً: الإشعار باستلام الرسالة ـ قرينة ـ على استلام الرسالة، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس بكافة الطرق القانونية، ولا تمتد إلى الإقرار بمضمون الرسالة التي أرسلها المنشئ[4]؛ أي أن الإشعار باستلام رسالة البيانات لا يعد قرينة قانونية على صحة وسلامة مضمون رسالة البيانات التي استلمها المرسل إليه.

---

(1) انظر ذات الفكرة (رحيم، ص: 115)، (السوسوه، ص: 252).

(2) انظر في ذلك نص الفقرة الرابعة من المادة (14) من القانون النموذجي.

(3) انظر في ذلك نص الفقرة الثانية من المادة (14) من القانون النموذجي.

(4) انظر في ذلك نص الفقرة الخامسة من المادة (14) من القانون النموذجي.

4- التعبير عن الإرادة من خلال الوسيط الإلكتروني (الأنظمة المؤتمتة):

يسعى الإنسان بشكل مستمر إلى الإفادة من كل ما هو جديد للتسهيل على نفسه، وها هو يستفيد من التطور الهائل في وسائل الاتصال وتقنية المعلومات بإيجاد طرق جديدة للتعاقد عبر تلك الوسائل، من خلال إبرام العقد الإلكتروني فيما بينه وبين ماكنة أو ما بين ماكنة وأخرى.

ويتم العقد التقليدي بين إنسان وآخر، ويتم العقد الإلكتروني كالعقد التقليدي بين إنسان وآخر، ويمكن أن يتم دون تدخل أي عنصر بشري أو بين إنسان وجهاز حاسوب، وهو ما يطلق عليه التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني (الأنظمة المؤتمتة)[1].

وهذا النوع من التعاقد يثير العديد من المسائل القانونية المتعلقة بتعريف الوسيط الإلكتروني ومدى صلاحيته للتعبير عن الإرادة التعاقدية، وكذلك الطبيعة القانونية لهذا الوسيط، وهل يمكن تشبيهه بالوكيل في العالم المادي، ومن ثم تطبيق أحكام الوكالة الواردة في القانون المدني عليه؟

من هنا، عملت أغلب التشريعات الناظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية على تناول الوسيط الإلكتروني بالتنظيم[2] لاسيما أن القواعد العامة لم تورد أحكاماً قانونية خاصة به.

---

(1) لفظ (مؤتمت): لفظ ليس عربياً وهو مشتق لغوي معرب من اللفظ الفرنسي (automatic) أو الإنجليزي (automatic) وتتراوح الترجمة اللفظية لهذين المصطلحين الفرنسي أو الإنجليزي بين ألفاظ عربية ثلاثة، هي: ذاتي أو تلقائي أو آلي (يراجع في ترجمة اللفظ الإنجليزي (قاموس أكسفورد الحديث ـ إنجليزي ـ عربي، ص: 44).
ويرى الباحث أن استخدام أحد الألفاظ العربية سالفة الذكر يعد كافياً لإيضاح المعنى المقصود، وهو أن يتم التعاقد دون تدخل بشري، وأن استخدام المشتق اللغوي ليس في محله (انظر في ذلك، مجاهد، ص: 172، 173).

(2) اختلفت التشريعات التي تناولت موضوع الوسيط الإلكتروني بالتنظيم في التسمية المستخدمة لهذا الوسيط. وأطلق بعضهم على هذا الوسط تسمية الوكيل الإلكتروني كما هو قانون المبادلات الإلكترونية الموحّد الأمريكي لعام 1999، وقانون كندا الموحد للمعاملات الإلكترونية لعام 1999، وقانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية لعام 2002، وأطلق آخرون تسمية الوسيط الإلكتروني المؤتمت كما في قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية لعام 2002. أما المشرع الأردني، فقد استخدم تسمية الوسيط الإلكتروني للدلالة على هذا النوع من التعاقد.

نقوم فيما يأتي ببيان المسائل القانونية الخاصة بالتعاقد عبر الوسيط الإلكتروني:

أ- **تعريف الوسيط الإلكتروني:**

تزايد استخدام الوسيط الإلكتروني بوصفه للتعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، دفع بالعديد من التشريعات إلى أن توليه اهتماماً خاصاً. حيث عملت أغلب التشريعات الناظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية على إيراد تعريف للوسيط الإلكتروني محلياً، وأورد المشرع الأردني تعريفاً للوسيط الإلكتروني في نص المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، فقد جاء فيها أن الوسيط الإلكتروني هو: (برنامج الحاسوب أو أية رسالة إلكترونية أخرى، تستعمل من أجل تنفيذ إجراء، أو استجابة بقصد إنشاء رسالة معلومات دون تدخل شخصي)..

وتولت التشريعات عربياً تعريف ذلك الوسيط، فقد عرفته المادة الثانية من قانون إمارة دبي بأنه: (برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل، كلياً أو جزئياً، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة).

وعرف قانون التجارة الإلكترونية البحريني الوسيط الإلكتروني والذي أطلق عليه اسم الوكيل الإلكتروني بأنه: (برنامج حاسوب، أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستخدم لإيراد تصرف ما، أو للاستجابة لسجلات أو تعريفات إلكترونية كلياً أو جزئياً، بدون مراجعة أو تدخل من أي فرد في وقت التصرف أو الاستجابة له).

وعرّفت العديد من التشريعات على المستوى الدولي الوسيط الإلكتروني، إذ عرف قانون التجاري الأمريكي الموحد (ucc) في المادة الثانية منه، وكذلك

القانون الأمريكي الموحّد للمعاملات الإلكترونية (UETA) الوكيل الإلكتروني في المادة (2/6) من القسم رقم (401) بأنه: (برنامج حاسوبي أو إلكتروني أو أية وسيلة إلكترونية أخرى أعد لكي يبدأ عملاً، أو الردّ على التسجيلات الإلكترونية، أو أداء معين بصفة كلية أو جزئية بدون الرجوع إلى شخص طبيعي).

وعرفت المادة التاسعة عشرة من قانون كندا الموحد بشأن التجارة الإلكترونية الوكيل الإلكتروني بأنه: (برنامج حاسوب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستخدم للبدء في عمل أو للاستجابة كلياً أو جزئياً للمستندات الإلكترونية دون مراجعة، أو تدخل من شخص طبيعي في الوقت الذي يعمل النظام، أو يقدم استجابة).

ومما سبق، يمكن تعريف الوسيط الإلكتروني بأنه "برنامج حاسوب أو أية وسيلة إلكترونية، يتم إعداده مسبقاً من قبل متخصص بناء على طلب صاحب المصلحة، ويتولى إبرام العقد الإلكتروني بشكل تلقائي دون تدخل إنسان في عمله"[1].

ومن الأمثلة على الوسيط الإلكتروني جهاز الصراف الآلي المبرمج على أنه بمجرد إدخال البطاقة والرقم السري للعميل وطلب المبلغ، يقوم هذا الجهاز بصرف النقود دون طلب إجراءات أخرى من العميل (حجازي، ص:133).

ومن الأمثلة الأخرى على الوسيط الإلكتروني برنامج الحاسب الآلي لمواقف السيارات الذي يعمل آلياً، إذ يعمل هذا البرنامج من خلال قيام المستخدم بإدخال المبلغ الذي يكون محدداً مسبقاً من قبل البرنامج وفق آلية حسابية مرتبطة بالوقت المحدد لاصطفاف السيارة بالموقف، ويقوم البرنامج بإصدار قسيمة بالمبلغ

(1) انظر في ذلك (السوسوه، ص: 264).

المطلوب الذي يكون حاصل ضرب القيمة في الوقت، وبعد سداد المبلغ يستطيع مستخدم الموقف (المرآب)، مغادرة ذلك المرآب وتتم كل هذه العملية دون تدخل لأي عنصر بشري[1] ومن الأمثلة الأخرى أيضاً شراء تذكرة طيران لإحدى شركات الطيران من خلال موقعها الإلكتروني، إذ يحتوي الموقع مواعيد الرحلات وثمن التذكرة ويقوم الشخص الراغب في الحصول على التذكرة، بحجز مقعد محدد ودفع ثمن التذكرة إلكترونياً، ومن ثم الحصول على تلك التذكرة بشكل شخصي من مكتب الشركة، أو من خلال البريد الإلكتروني، وكل ذلك يتم دون تدخل أي إنسان في العملية.

ب- مدى صلاحية الوسيط الإلكتروني للتعبير عن الإرادة:

نصت أغلب التشريعات والتوجيهات التشريعية[2] المنظمة للمعاملات الإلكترونية صراحة على جواز التعبير عن الإرادة من خلال الوسيط الإلكتروني[3]، كما اعترفت صراحة بصحة المعاملات الإلكترونية المؤتمتة؛ وذلك لتوفير الثقة والطمأنينة لدى المتعاقدين المستخدمين للوسيط الإلكتروني في تعاقداتهم.

وأجازت الفقرة الأولى من المادة (14) من قانون المبادلات الإلكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكية تكوين العقد بتحاور بين وكيلين إلكترونيين من الجانبين، حتى وإن لم يتدخل أي شخص في التدابير التي تنفذها هذه النظم، وأجازت الفقرة الثانية من ذات المادة تكوين العقد بتحاور بين وكيل إلكتروني وشخص طبيعي.

(1) انظر في ذلك (حجازي، 2003، ص: 88).

(2) m.weitzeboek, 2001, pp: 25-28.

(3) أغفلت تشريعات موضوع جواز التعبير عن الإرادة من خلال الوسيط الإلكتروني، ومنها قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، ومشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري.

وأكد المشرع في مملكة البحرين على النهج ذاته؛ إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (12) من قانون التجارة البحريني على أنه: (يجوز أن يتم إبرام العقود بين فرد ووكيل إلكتروني، كما يجوز أن يتم بين وكلاء إلكترونيين).

ونصت المادة (14) من قانون إمارة دبي على جواز التعاقد باستخدام الوسائط الإلكترونية المؤتمتة. ولم يورد المشرع الأردني نصاً صريحاً يقضي بجواز التعبير عن الإرادة بوساطة الوسيط الإلكتروني، مثلما فعلت التشريعات أعلاه، إلا أنه يمكن استخلاص إجازة المشرع الأردني لذلك من خلال أحكام قانون المعاملات الإلكترونية الأردني وفق ما يأتي:

1- تناولت المادة (2) من القانون المشار إليه تعريف الوسيط الإلكتروني وهو بذلك يعترف بإمكانية إعداد حاسوب وبرمجته، أو أية وسيلة إلكترونية لكي تقوم بتنفيذ أي إجراء أو الاستجابة له، بحيث يكون الهدف منه إنشاء رسالة معلومات أو تسلّمها ، قد تتضمن إيجاباً أو قبولاً ويمكن أن يتم ذلك دون تدخل شخصي من أي شخص طبيعي (الشريفات، ص: 76).

2- عدّت المادة (13) من القانون ذاته رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً؛ لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي.

3- أكدت المادة (14) من ذلك القانون على أن رسالة المعلومات الصادرة عن الوسيط الإلكتروني صادرة عن المنشئ.

وقد سار المشرع الأردني بذلك على خطى القانون النموذجي الذي لم يأتِ بنص صريح بهذا الصدد، وإنما أشارت الفقرة الثانية من المادة (13) إلى أحكام قانونية مفادها جواز التعبير عن الإرادة من خلال الوسيط الإلكتروني[1].

---

(1) تنص المادة (2/13/ب) من القانون النموذجي على أنه: (في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه تعتبر رسالة =

ج- الطبيعة القانونية لعمل الوسيط الإلكتروني:

شكل تحديد الطبيعة القانونية لعمل الوسيط الإلكتروني نقطة خلاف فقهي، لاسيما أن التشريعات التي أجازت التعبير عن الإرادة باستخدام الوسيط الإلكتروني تباينت في تحديد طبيعته.

واتجه الفقه القانوني في تحديد الطبيعة القانونية لعمل الوسيط الإلكتروني في ثلاث اتجاهات، هي:

الاتجاه الأول: يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى منح الوسيط الإلكتروني الشخصية القانونية ومن ثمّ تكون له القدرة على إبرام العقود، والتعبير عن الإرادة.

يستند أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الشخصية القانونية هي وصف يلحقها القانون بشخص ما ولا يشترط أن يكون هذا الشخص كائناً بشرياً إذ إن القانون يضفي الشخصية القانونية على كيانات غير بشرية كالشركات والجمعيات، ومن هنا لا يوجد ما يمنع من قيام الشخصية القانونية على الوسيط الإلكتروني.

ويؤخذ على هذا الاتجاه أن التمتع بالشخصية القانونية يتطلب توافر ذمة مالية مستقلة لذلك الشخص، وبانعدام توافر الذمة المالية ينعدم إمكان توافر الأهلية القانونية. ولمّا يكن من غير المتصوّر توافر الذمة المالية المستقلة للوسيط الإلكتروني على هذا الكيان.

ويضيف منتقدو هذا الاتجاه أن الشخصية القانونية لا تثبت لغير الأشخاص

=

البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت... ب- من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائياً).

الطبيعيين والاعتباريين إلا باعتراف قانوني عام أو خاص، وهذا مقصور على الشركات والجمعيات، ولا يمتد إلى الأجهزة والآلات(1).

الاتجاه الثاني: يتبنى هذا الاتجاه نظرية النيابة في تكييف عمل الوسيط الإلكتروني، ويعدّ هذا الوسيط وكيلاً عند المتعاقدين(2).

---

(1) انظر في هذا الاتجاه وتقييمه كل من (عجيل، 2011، ص: 113 ـ 119)، (بهجت، ص: 96)، (سلامة، ص: 77)، (أبو هشيمه، 2004، ص: 313)، (إبراهيم، ص: 163)، (محمد، ص: 135).

(2) النيابة في التعاقد:

يصدر التعبير عن الرضا عادة عن أطرافه وتنصرف إليهم آثاره، ويمكن أن يعهد أحد الأطراف إلى شخص أن ينوب عنه في التعبير عن الرضا، وهذا ما يطلق عليه النيابة.

النيابة: هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل، كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو (السنهوري، ص: 206).

ومن الأمثلة على النيابة في التعاقد تعاقد شخص بطريق النيابة عن شخص آخر في بيع عقار مملوك له، فإن العقد ينعقد بإرادة النائب وإرادة المشتري. أما آثار البيع، فيضاف إليها التعلق بحقوق البائع والتزاماته إلى شخص الأصيل لا إلى شخص النائب الذي حلّ محله في إتمام العقد (سلطان، ص: 22).

نظرية النيابة على وضعها الحالي لم تعرف إلاّ منذ القانون الفرنسي القديم. أما القانون الروماني، فلم يعرف النيابة مطلقاً بل كان يعد وقوع آثار العمل القانوني لغيره من عقده استحالة قانونية. (بدوي، ص: 75) أما الفقه الإسلامي، فقد أقر الإنابة في التعاقد، ولم يخالف أحد من الفقهاء بجوازها، فقد تكلم فقهاء المسلمين عن الولاية على المال التي هي أحد صور النيابة وعن الوكالة التي هي صورة النيابة الاتفاقية (الحكيم، 1967، ص: 175) وتقر جميع القوانين الحديثة بالنيابة في التعاقد، ومنها القانون المدني الأردني.

يقسم الفقه النيابة بالنسبة إلى مصدرها إلى ثلاثة أنواع هي:

1- النيابة القانونية: وفيها يكون مصدر السلطة الممنوحة للنائب هو القانون، ومثالها اعتبار الأب والجد الصحيح ولياً على القاصر (الفار، ص: 53).

2- النيابة القضائية: ويتم فيها تعيين النائب بحكم قضائي كالوصاية والقوامة والوكالة عن الدائنين في التفليسة (الحكيم والبكري والبشير، 1980، ص: 55).

لم يأتِ المشرّع الأردني على ذكر هذا النوع، ولكنّ أحكام القانون واضحة في هذا المجال بالنسبة لوصاية القوامة ووكيل التفليسة.

3- النيابة الاتفاقية: يتحدد النائب فيها بموجب عقد يربطه بالأصيل يطلق عليه عقد الوكالة والنائب يسمى الوكيل، ويسمى الأصيل بالموكل. (السرحان وخاطر، ص: 80).

=

وحسب هذا الاتجاه يُعَدُّ الوسيط الإلكتروني وكيلاً عن المتعاقد وهذا الرأي فيه نظر، ذلك أن الوكالة تصرف قانوني يتطلب إرادة، والوسيط الإلكتروني جهاز إلكتروني عديم الإرادة، فضلاً عن وجوب توافر هذه الإرادة أيضاً لإبرام العقد الأصلي الذي يبرمه الجهاز مع المتعاقد الآخر(1).

الاتجاه الثالث: يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن الوسيط الإلكتروني مجرد أداة مادية يستخدمها المتعاقد لا أكثر.

ولا يخرج الوسيط الإلكتروني وفقاً لذلك عن أنه أداة ووسيلة بيد المتعاقد، يستخدمها للتعبير عن إرادته مثله مثل الهاتف أو الفاكس أو حتى الأقلام والأوراق

= يتبين مما تقدم، أن النيابة أوسع من الوكالة، فالنيابة وفق وجهة نظر هذا المذهب الفقهي في ذاتها سلطة قانونية في تمثيل شخص معين، أما الوكالة، فهي عقد ينشئ هذه السلطة (انظر في ذلك السنهوري، ص: 208) إلا أننا نرى أن الوكالة نوع من أنواع النيابة، ذلك أن السلطة الممنوحة للشخص بموجب النيابة لا تكون إلا بموجب عقد، والوكالة في حد ذاتها عقد يؤكد هذا التوجه أن المشرع اشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل به معلوماً وقابلاً للنيابة (المادة 436 مدني أردني).

تعرف الوكالة بأنها (عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه في تصرف مباشر معلوم) (المادة 833 مدني أردني) وتتحقق الوكالة في التعاقد بموجب شروط، هي:

أولاً: حلول إرادة الوكيل محل إرادة الأصيل.

ثانياً: أن لا يتجاوز الوكيل الحدود المرسومة له.

ثالثاً: أن يتعاقد الوكيل باسم الأصيل لا باسمه

ويُبنى على هذه الشروط أن الوكيل يختلف عن الرسول الذي ينقل عبارة المرسل إلى المرسل إليه، فهو لا يتصرف برأيه، إنما برأي الوكيل. ويضاف إلى ذلك أن الاهلية التي ينظر إليها على أنها الأهلية المعتبرة هي أهلية الأصيل لا أهلية الوكيل، فلا يشترط في الوكيل أن يكون متمتعاً بكامل الأهلية اللازمة للتصرف، بل يشترط ذلك في الموكل (الأصيل)، أما الرسول، فلا يشترط فيه حتى التمييز بل يكفي القدرة على التعبير عما حمله من كلام الأصيل (انظر ذلك الفار، ص: 55).

أكد المشرع الأردني في نص المادة (112) من القانون المدني الأردني انصراف آثار الوكالة إلى الأصيل مباشرة إذا ما تصرف الوكيل في حدود وكالة وأبرم العقد باسم الموكل لا باسمه.

(1) انظر في ذلك (أبو الليل، 2003، ص: 79)، (عجيل، ص: 119).

التي يستخدمها، وينحصر دور هذا الوسيط في نقل الإرادة من متعاقد إلى آخر وتنسب هذه الإرادة إلى مستخدم الجهاز.

ولا يقدح في صحة هذا الرأي الزعم بأن القياس على الهاتف والفاكس هو قياس مع الفارق؛ لأن مستخدم الوسيط الإلكتروني يكون غائباً عنه طوال الوقت، ومن ثم يفقد التحكم فيه، لاسيما حين يحدث خلل فنيّ في البرنامج، على الرغم من الغياب طول الوقت لمستخدم الوسيط الإلكتروني إلا أن السيطرة موجودة بدليل المسؤولية التي تقوم على المستخدم أو على مقدم الخدمة ـ الذي يعود عليه المستخدم الذي هو في الواجهة للمسؤولية ـ عن الضرر الذي يصيب الغير كنتيجة لاستخدام ذلك الوسيط[1].

ويميل الباحث إلى الأخذ بهذا الاتجاه في تكيف عمل الوسيط الإلكتروني لقناعته بسلامة مبررات أصحاب هذا الاتجاه، ولأن التعبير عن الإرادة باستخدام الوسيط الإلكتروني هو تعبير عن إرادة مستخدم الوسيط لا الوسيط الذي لا يملك تلك القدرة.

ويلاحظ أن هذا التكيف يتماشى مع ما أخذ به قانون المعاملات الإلكترونية الأردني والقانون النموذجي، فقد أسندت أحكام القانونين أعلاه رسالة البيانات إلى منشئها وليس إلى جهاز الكمبيوتر[2].

ثانياً: الإيجاب في العقد الإلكتروني

لا يكفي وجود الإرادة أو التعبير عنها لانعقاد العقد، اذ لابد من تلاقي إرادتين وتوافقهما على إحداث أثر قانوني لإتمام انعقاد العقد، وهاتان الإرادتان

(1) انظر في ذلك (بهجت، ص: 97، 98)، (منصور، ص: 24).

(2) انظر في ذلك (عجيل، ص: 121).

تسميان الإيجاب والقبول. ونعرض في هذا البند إلى الإيجاب في العقود الإلكترونية، وفي بند لاحق إلى القبول في هذه العقود.

ويعد الإيجاب أول عناصر الرضا اللازمة لقيام العقد، فهو نقطة البداية، وهو المنطلق الذي يؤسس عليه، فلكي ينعقد العقد لابد من صدور إيجاب من أحد المتعاقدين واقترانه بقبول الآخر (زريقات، ص:116).

ويتطلب فهم الإيجاب كعنصر أساسي من عناصر الرضا في التعاقد الإلكتروني تناول مفهوم الإيجاب الإلكتروني، ومن ثم التعرض إلى بعض المسائل القانونية المتعلقة بالإيجاب الإلكتروني.

1- مفهوم الإيجاب الإلكتروني:

يعرف الإيجاب بصفة عامة[1] بأنه: التعبير البات عن إرادة شخص يعرض على آخر أن يتعاقد معه (الصده، ص:111). وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية الإيجاب بأنه: (أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف)[2] (المادة 101). وعرف المشرع الأردني الإيجاب والقبول بأنهما: (كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء عقد) (المادة 91 مدني أردني).

وعليه؛ لا يختلف الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب التقليدي من حيث المبدأ، وإن إضافة لفظ إلكتروني إلى الإيجاب، لا ينال منه في إطار القواعد التقليدية. فالأمر ليس إلا مجرد وصف يلحق بالإيجاب، وهو ناشئ عن اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة[3].

(1) انظر في مفهوم الإيجاب وأحكامه (بدوي، ص: 94)، (السنهوري، ص: 238)، (منصور، 68)، (عبيدات، 58)، (شرف الدين 84).

(2) أخذت مجلة الأحكام العدلية بما ذهب إليه فقهاء المذهب الحنفي، إذ يرون أن الإيجاب هو كلام أو فعل أول من يتكلم حال إنشاء العقد، فالمتقدم من كلام العاقدين هو إيجاب سواء أكان من المالك أم من المتملك، والمتأخر منهما هو قبول (الرملي، 1993، ص: 275).

(3) انظر في ذلك (الديمياطي، ص: 58)، (بدر، ص: 182)، (منصور، ص: 67)، (وحجازي، : ص256).

ويتضح أن الفارق بين الإيجاب التقليدي والإيجاب في التعاقد الإلكتروني ليس فارقاً في جوهر الإيجاب، وإنما يتعلق ببعض الخصوصية للإيجاب في التعاقد الإلكتروني.

وجاءت تعريفات للإيجاب الإلكتروني لإبراز هذه الخصوصية، فمنها من تناول تعريف الإيجاب بالنظر إلى أن الإيجاب الإلكتروني يتم في عقود إلكترونية تندرج ضمن طائفة العقود التي تبرم عن بعد.

عرف التوجه الأوروبي رقم (7) سنة 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد بأنه: (كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة، بحيث يستطيع المرسل أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان).

وغلبت خصوصية الإيجاب الإلكترونية من حيث إنه يتم بوسيلة إلكترونية على جانب من التعريفات التي وردت لإيضاح مفهوم هذا الإيجاب.

وقد عرف الإيجاب وفقاً لهذا التوجه بأنه: (تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكات دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية ويتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة) (منصور، 67).

وعرف مشروع العقد النموذجي للمعاملات الإلكترونية الإيجاب بأنه: (تمثل الرسالة إيجاباً لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين، ما داموا معروفين على نحو كافٍ، وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجاب الرسالة المتاحة إلكترونياً إيجاباً بوجه عام، ما لم يشر إلى غير ذلك).

ويذهب الباحث مؤكداً أن الإيجاب واحد سواء أكان تم وفق الطرق

التقليدية للتعاقد أو بين عقود إلكترونية، والسمة المميزة للإيجاب الذي يتم من خلال العقود الإلكترونية هو ما تتمتع به تلك العقود من خصوصية تتعلق باعتبارها عقوداً مبرمجة عن بعد، ولأنها تبرم عن طريق استخدام وسائل وتقنيات اتصال حديثة.

ويرى الباحث أن التعريف الأقرب توصيفاً للإيجاب الإلكتروني لابد من أن يبرز هذه الخصوصية. من هنا؛ نؤيد ما ذهب إليه جانب من الفقه بتعريف الإيجاب الإلكتروني بأنه: (تعبير حازم عن الإرادة، يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال ـ سواء أكانت مسموعة، أم مرئية، أم كلتيهما ـ ويتضمن الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه كافة، بحيث ينعقد به العقد إذا ما تلاقى معه القبول)[1].

وبناء على ما تقدم، فإن للإيجاب الإلكتروني شروطاً يجب توافرها كما الإيجاب التقليدي، وقد قضت القواعد العامة بضرورة توافرها، وهي[2]:

أولاً: أن يكون الإيجاب واضحاً وموجهاً إلى شخص أو أشخاص معينين، حيث يصدر هذا الإيجاب بطرق التعبير الصريحة أو الضمنية، ولا يمكن أن يكون بالسكوت، لأنه الكلام الأول والسكوت لا يرتب أثراً، ويجب أن يحتوي الإيجاب على العناصر الجوهرية التي أراد بها الموجب إبرام العقد، ويقتضي وضوح الإيجاب أن يكون موجهاً إلى شخص أو أشخاص معينين.

ثانياً: أن يكون الإيجاب باتاً جازماً في اتجاه الإرادة إلى الارتباط قانوناً بالعقد إذا قبله الطرف الآخر، فإذا لم يكن العرض باتاً، فإنه لا يعد إيجاباً بالتعاقد، وإنما دعوة إلى التعاقد.

---

(1) انظر في ذلك (الجمال، ص: 105).

(2) انظر في الشروط الواجب توافرها في الإيجاب (السرحان وخاطر، ص: 57).

ويرى الباحث أن ضرورة البحث تتطلب تجاوز ما تناولته القواعد العامة المتعلقة بالإيجاب والعمل على بحث بعض المسائل القانونية المتعلقة بالإيجاب الإلكتروني، التي سيتم من خلالها التطرق إلى بعض القواعد العامة، بما يخدم بحث هذه المسائل.

2- بعض المسائل القانونية المتعلقة بالإيجاب الإلكتروني:

أ- التكييف القانوني للعروض الموجهة إلى الجمهور في العقود الإلكترونية (الإيجاب والإعلان):

يلاحظ أن ثمة فارقاً بين الإيجاب الإلكتروني والإعلان الإلكتروني، فالإعلان كما يعرفه بعضهم (هو كل شكل من أشكال الاتصال في إطار تجاري أو صناعي أو فني، بهدف الدعاية إلى توريد أشياء أو خدمات[1]). (ناصيف، ص: 79).

وقد اختلف حول الحد الفاصل بين الإيجاب والإعلان على النحو الآتي:

الرأي الأول: يرى أصحاب هذا الرأي أن الإعلان لا يعد إيجاباً، وإنما مجرد دعوة إلى التعاقد والتفاوض[2].

ويبني أصحاب هذا الرأي فكرهم بالاستناد إلى أن الشروط الواجب توافرها في الإيجاب المتمثلة في وجوب تعيين الشخص المقصود بالإيجاب، وكذلك الجزم على إبرام العقد إذا ما قابل الإيجاب قبولاً غير متوافر في الإعلان، فالإعلان خالٍ من العزم، وما هو إلا تحريض للمستهلك على شراء منتجات غير ضرورية، كما أن الإعلان يفتقر إلى التحديد الكافي للمنتج أو السلعة.

---

(1) عرف قضاء النقض الفرنسي الإعلان بأنه: (كل وسيلة معلوماتية تدفع العميل إلى تكوين عقيدة مقصودة عن النتائج التي ستعود عليه من المال الذي سيشتريه أو الخدمة التي ستقدم له) (بدر، ص: 154).

(2) من هذا الرأي (نصر، ص: 162)، (مجاهد، ص: 68).

الرأي الثاني: يرى الآخرون أن الإعلان الموجّه إلى الجمهور عبر تقنيات الاتصال عن بعد يعدّ إيجاباً طالما أنه تضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، وكان يتضمن تحديد السلطة، أو الخدمة تحديداً نافياً للجهالة. أما إذا لم يتضمن الإعلان ذلك، فإنه يكون مجرد دعوة إلى التعاقد[1] ويستثني أصحاب هذا الرأي العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار كعقد البيع والوكالة، ويذهبون إلى عدم اعتبار الإعلان بشأنها إيجاباً، حتى ولو تضمن العناصر اللازمة لإبرام العقد.

ويرى الباحث أن القواعد العامة في القانون المدني الأردني قد رسمت الحدّ الفاصل بين الإيجاب والإعلان، وأنه يمكن إعمال هذه القواعد على الإعلان، وعرض البضائع من خلال وسائل الاتصال الحديثة.

وقد نصت المادة (94) من القانون المدني الأردني على: (يعتبر عرض البضائع مع بيان أثمانها إيجاباً. 2- أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض أو بطلبات موجهة للجمهور وللأفراد، فلا يعتبر عند الشك إيجاباً إنما دعوة إلى التفاوض).

ومن خلال أحكام هذه المادة يتضح أنه إذا ما تم تحديد الثمن عد العرض إيجاباً، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها يعدّ إيجاباً ما دام مضمونها محدداً تحديداً كافياً يتيح إبرام العقد فور اقترانها بقبول ما لم يوجد شك يدل على أنها دعوة إلى التفاوض[2].

---

(1) من هذا الرأي (الجمال، ص: 106)، (علوان، ص: 245).

(2) أخذت محكمة التمييز الأردنية بالرأي الذي يميل إلى عدم اعتبار الإعلان الموجه إلى الجمهور إيجاباً وذلك بقرارها رقم (1153) المنشور سنة 1995، ص: 1221.

ب- تحديد هوية الأطراف المتعاقدين:

تحديد ذاتية الموجب في التعاقد الإلكتروني تبدو أكثر صعوبة لاسيما أن الإيجاب الإلكتروني يتم دون حضور مادي للطرفين، ويقتضي التعاقد الإلكتروني تدخل العديد من الشخصيات المعنوية لإبرام وتنفيذ تلك العقود.

ونظراً للأهمية البالغة في تحديد هوية الموجب المتمثلة في توافر عنصر الأمان والثقة في التعاقد الإلكتروني، بالإضافة إلى ما يترتب على هذا التحديد من بيان للمركز القانوني، ووضوح التزامات الموجب ومدى إمكانية تنفيذ هذه الالتزامات[1]، فقد أكدت التشريعات ضرورة إعلام المستهلك بهوية الموجب (البائع).

وتدخل المشرع الفرنسي بموجب نص المادة (8/121) من قانون الاستهلاك الفرنسي، وأكد التزام البائع المهني الذي يقوم ببيع سلعة أو تقديم خدمة عن بعد أن يدلي للمشتري بالبيانات التي تحدد شخصيته، وجاء نص هذه المادة على أنه: (في كل إيجاب لبيع أموال أو تقديم خدمات عن بعد يلتزم المهني بأن يوضح للمستهلك اسم مشروعه، وأرقام هواتفه وعنوان مركز إدارته إذا كان مختلفاً عن المنشأة المسؤولة عن الإيجاب).

وقد سار في هذا الاتجاه التوجه الأوروبي رقم (97/7) لسنة 1997 بشأن البيع عن بعد والتوجه الأوروبي رقم (2000/31) لسنة 2000 بشأن التجارة الإلكترونية، إذ عدّ تحديد هوية الموجب من أهم البيانات التي يجب إعلام المستهلك بها قبل إبرام العقد.

ج- الإيجاب الإلكتروني والرسائل المزعجة:

يقصد بالرسائل غير المرغوب فيها: (الرسائل التي تتم بوسيلة الكترونية

---

(1) انظر في ذلك (منصور، 139).

وتوجه إلى شخص أو إلى مجموعة من الأشخاص دون تمييز، وبغير طلب من جانبهم، بل دون رضائهم) (يونس، ص:**280**).

وانقسم شراح القانون حول إمكانية منع الإعلان أو الدعاية غير المرغوب فيها عبر وسائل الاتصال الحديثة إلى مبدأين[1]:

الأول: يرى أن البريد الدعائي مسموح به من حيث المبدأ، إلا إذا أعلن المستهلك صراحة عدم رغبته في تلقيه.

الثاني: يعدّ البريد الدعائي ممنوعاً من حيث المبدأ، إلا إذا أعلن المستهلك عن موافقته على تلقيه.

وقد أخذت الولايات المتحدة الأمريكية بما ذهب إليه المبدأ الأول، فقد ألزمت موزعي الرسائل الدعائية بضرورة تضمنها إشارة تفيد أن من حق الزبون إبداء عدم رغبته في تلقي هذا النوع من الرسائل مرة أخرى.

أما الاتحاد الأوروبي، فقد ترك الخيار لدول الأعضاء بتبني أي من المبدأين، وجاء هذا التوجه واضحاً بشأن معالجة البيانات ذات الطابع الشخصي، وحماية الحياة الخاصة في مجال الاتصالات الإلكترونية الصادر عام 2002.

أما المشرع الأردني، فقد عالج هذه المسألة بموجب تعليمات تنظيم إرسال رسائل الجملة الصادرة عن مجلس مفوضي هيئة تنظيم قطاع الاتصالات رقم (3 ـ 2011/1) تاريخ 2011/1/4 التي أكدت بموجب المادة (2/1/4) عدم إرسال أو إتاحة إرسال الرسائل الدعائية إلى المستفيدين غير الراغبين في استلامها.

وتجنبت التشريعات العربية الإشارة إلى هذه المسألة، ويرى الباحث أنه بالإمكان الاسترشاد بالتشريعات المقارنة لمعالجة هذه المسألة في الدول العربية.

---

(1) انظر في ذلك (زريقات، ص: 130، 131).

د- نطاق الإيجاب المكاني[1]:

يكون الإيجاب في أغلب الأحيان ذا طابع دولي موجهاً إلى الجمهور في أنحاء العالم، وهذا الأمر قد يثير بعض الصعوبات والمشكلات المتعلقة باختلاف القوانين، وما يتبعها من اختلاف لبعض الأحكام. فمن الممكن أن يقع الموجب تحت طائلة قانون القابل؛ لأن هذا القانون مثلاً قد يحظر بعض أنواع المعاملات، ويضاف إلى ذلك الصعوبات التي قد تظهر إذا ما قبل الإيجاب شخص يصعب الوصول إليه، لبعد مكانه، أو أن الوصول إليه مكلف مع قيمة الشيء، ومن الصعوبات الأخرى نفاذ المخزون من البضائع.

وتفادياً لتلك الصعوبات والمشكلات قد يلجأ الموجب إلى تحديد النطاق الجغرافي للإيجاب، فإذا ما قابله قبول خارج هذا النطاق، فلا يكون ملزماً له، أو قد يقوم الموجب بالتأكيد على أن العقد المراد إبرامه، لا يخالف القانون المحلي ولا القانون الأجنبي الخاص بالطرف الآخر، أو أن يضمن الموجب إيجابه عبارة تخلصه من المسؤولية في حالة نفاذ الكمية كاستخدام عبارة (حتى نفاذ الكمية).

إن التحفظات التي قد يوردها الموجب بإيجابه المبنية أعلاه تصطدم بواقع هو أن من شروط الإيجاب أن يكون جازماً باتاً، فهل تسلب مثل هذه التحفظات الإيجاب صفته، وتحوله إلى مجرد دعوة إلى التعاقد؟

وتواجه الإجابة عن هذا التساؤل آراء مختلفة، فيرى بعضهم أن وجود مثل هذه التحفظات يسلب الإيجاب صفته الجازمة وتحوله إلى دعوة إلى التعاقد، وهنالك من يرى أنه يوجب النظر إلى عبارات التحفظ نفسها، فالعبارات التي تسلب الإيجاب صفته تحوله إلى دعوة إلى التعاقد. أما التحفظات التي لا تؤثر في

---

(1) يطلق عليه تعبير نطاق التغطية، انظر في ذلك (بهجت، ص: 143).

صفة الإيجاب، ولا تصطدم بالطبيعة الجازمة للإيجاب، فإنها لا تمس بالإيجاب ولا تخرجه عن طبيعته[1].

هـ- لغة الإيجاب الإلكتروني:

تتسم العقود الإلكترونية بالطابع الدولي، ويتم في أغلب الأحيان إبرام هذا النوع من العقود بين أطراف من دول مختلفة، تختلف تبعاً لذلك لغاتهم، فقد يجمع عقد بيع بين أردني يتحدث العربية وشركة صينية لغتها الصينية، ويضاف إلى ذلك أن نظام المعلومات في وسائل الاتصال الحديثة على وجه الخصوص هو الحاسوب الذي يعتمد اعتماداً كبيراً على اللغة الإنجليزية، وعندها يثار التساؤل حول اللغة الواجب استخدامها في الإيجاب؟

توجب العديد من النصوص القانونية في المملكة الأردنية الهاشمية استخدام اللغة العربية في مقدمة هذه النصوص المادة (2) من دستور المملكة الصادرة سنة 1952 تنص على أن: (الإسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية).

واشترطت أحكام قانون العمل رقم (8) لسنة 1996 في المادة (15/أ/1) تنظيم عقد العمل باللغة العربية إذا نصت على ما يلي: (ينظم عقد العمل باللغة العربية وعلى نسختين على الأقل يحتفظ كل من الطرفين بنسخة منه، ويجوز للعامل إثبات حقوقه بجميع طرق الإثبات القانونية إذا لم يحرر العقد كتابه).

وأوجب قانون التحكيم رقم (31) لسنة 2001 أن يجري التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، وفق ما قضت به المادة (28/أ) من هذا القانون التي نصت على: (يجري التحكيم باللغة العربية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، أو تحدد هيئة التحكيم لغة، أو لغات أخرى...).

أما نظام العلامات التجارية رقم (1) لسنة 1952 والصادر بمقتضى نص

---

(1) للمزيد حول هذه الآراء انظر (خاطر، 2001، ص: 10 ـ 12).

المادة الرابعة والأربعين من قانون العلامات التجارية لسنة 1952، فقد أعطت المادة (21) منه الصلاحية لمسجل العلامة التجارية أن يطلب ترجمة للكلمة أو الكلمات غير العربية التي قد تحتويها العلامة التجارية ونصت هذه المادة على: (إذا احتوت العلامة التجارية كلمة أو كلمات مكتوبة في غير اللغة العربية فيجوز للمسجل أن يطلب ترجمتها بالضبط...).

وأكد قانون تنظيم أعمال التأمين رقم (33) لسنة 1997م على تنظيم وثيقة التأمين باللغة العربية، وذلك وفق المادة (29) التي تنص على :(تنظيم وثيقة التأمين المباشرة في المملكة باللغة العربية، ويجوز أن ترفق بها ترجمة وافية بلغة أخرى، وفي حالة الاختلاف في تفسير الوثيقة يعتمد النص العربي).

وقد سار قانون الشركات رقم (22) لسنة 1997 على النهج ذاته، إذ ألزم الشركات الأجنبية غير العاملة في المملكة أن تقدم طلب التسجيل إلى مراقب الشركات، مرفقاً بمستندات مترجمة إلى اللغة العربية، ومصدقة ترجمتها لدى كاتب العدل في المملكة وذلك بموجب نص المادة (246) من قانون الشركات التي جاء فيها: (يقدم طلب تسجيل الشركة الأجنبية غير العاملة إلى المراقب مرفقاً بالوثائق والمستندات التالية المترجمة إلى اللغة العربية ومصدقة ترجمتها لدى كاتب العدل...).

وألزمت المادة (6/أ) من نظام الأشغال الحكومية رقم (71) لسنة 1986 الصادر بالاستناد إلى المادتين (114)، و(120) من الدستور أن تكون جميع الاتفاقات والشروط التعاقدية باللغة العربية ويجوز أن تكون المواصفات والمخططات والتقارير الفنية والمراسلات باللغة الإنجليزية.

ولم يتعرض قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، وكذلك قانون الأونسترال النموذجي إلى اللغة التي يجب أن يكون فيها الإيجاب، وعلى ذلك

يمكن القول إنه يحق للأطراف التعاقد الإلكتروني اختيار أية لغة للتعاقد الإلكتروني، وهذا تطبيق للقواعد العامة على أن تكون هذه اللغة مفهومة لكلا المتعاقدين (المحاسنة، ص:327)، مع ضرورة التقيد بالقواعد القانونية الخاصة التي توجب استخدام اللغة العربية.

و- تحديد العناصر الجوهرية التي يجب أن يتضمنها الإيجاب الإلكتروني:

ينطوي الإيجاب على عناصر جوهرية للعقد المراد إبرامه، ونحاول فيما يأتي استعراض أهم تلك العناصر، غير أنه قبل تناول هذه العناصر لا بدّ من بيان كيفية تحديد العناصر الجوهرية للإيجاب الإلكتروني.

ويتضمن الإيجاب عناصر العقد الجوهرية، فالإيجاب في عقد الإيجار مثلاً يلزم أن يتضمن الرغبة في إبرام الإيجار والعين المؤجرة والمدة، فبغير هذه العناصر لا يكون التعبير عن الإرادة صالحاً لتكوين العقد إذا ما صادفه قبول. (سكري، ص: 128).

وتؤكد اتفاقية فيينا للبيع الدولي لعام 1980 ضرورة توافر تلك العناصر وذلك من خلال نص الفقرة الأولى من المادة (14) التي جاء فيها:

(يعتبر إيجاباً، أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجهاً إلى شخص أو عدة أشخاص معينين. وكان محدداً بشكل كافٍ، وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حال القبول، ويكون العرض محدوداً بشكل كافٍ إذا عيّن البضائع، وتضمن صراحة أو ضمناً تحديداً للكمية والثمن أو البيانات التي يمكن بموجبها تحديدها).

وقد ألزم التوجه الأوروبي بشأن حماية المستهلكين الصادر عام 2000 في المادة (5) الموجب بضرورة (1- بيان اسمه وعنوانه البريدي. 2- توضيح الخصائص المتعلقة السلعة أو الخدمة. 3- تحديد السعر 4- بيان أيّة تكاليف إضافية كأجور

النقل 5- منح المستهلكين الحق في إرجاع المبيع، وذلك خلال سبعة أيام عمل دونما إبداء أية أسباب 6- توضيح مدة عرض المبيع. 7- توفير نظام خاص لتلقي أية شكاوى أو ملاحظات من المستهلكين بعد البيع)[1].

لم يورد المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية نصاً مماثلاً، والباحث في هذا الصدد لا يرى ضيراً من عدم إيراد نص خاص في قانون المعاملات الإلكترونية يوضح العناصر الأساسية التي يجب أن يتضمنها الإيجاب الإلكتروني، ذلك أنه يمكن استخلاص هذه العناصر من القواعد العامة الواردة في القانون المدني[2][3].

يتبين مما تقدم أن العناصر والمعلومات التي يجب أن يتضمنها الإيجاب الإلكتروني هي:

1- *الثمن:*

يجب أن يتضمن الإيجاب الإلكتروني بيان الثمن الذي يلزم القابل دفعه، مع ضرورة أن يتضمن هذا الثمن بيان الملحقات، كرسوم النقل والرسوم الجمركية، وبيان وسيلة الدفع والعنوان الذي ينبغي أن يتم الوفاء فيه[4][5].

---

(1) يمكن تسمية هذا الالتزام (بالالتزام بالتقصير) ومؤداه هو التزام يقع على عاتق المهني في العقود التي تبرم مع المستهلكين كعقود البيع أو تقديم الخدمات، إذ يلتزم المهني بموجبه بأن يقدم للمستهلك المعلومات الضرورية والتفصيلية المتعلقة بالشيء المبيع أو الخدمة المقدمة، بحيث تسمح هذه المعلومات للمستهلك بالتعاقد عن علم كافٍ بالعملية محل التعاقد (عبابنة ص49)

(2) انظر في ذلك نص المادة (382) من القانون المدني الأردني.

(3) على خلاف هذا النهج سار المشرع التونسي في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، إذ نصت المادة (5) على بيان المعلومات التي يجب على البائع توفيرها للمستهلك بطريقة واضحة مفهومة قبل إبرام العقد، وكذلك فعل المشرع الفلسطيني في مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لسنة 2003، إذ تضمنت المادة (5) من هذا القانون تفاصيل تلك المعلومات، وعالج مشروع اتفاقية الأونسترال للتعاقد الإلكتروني هذا الأمر بموجب نص المادة (14).

(4) انظر في ذلك (الجمال، ص: 115، 116).

(5) نصت المادة (237) من مجلة الأحكام العدلية على (تسمية الثمن حين البيع لازمة، فلو باع دون تسمية ثمن كان البيع فاسداً) ونصت المادة (238) من المجلة ذاتها على أنه (يلزم أن يكون الثمن معلوماً).

2- تحديد المنتج أو الخدمة:

يتوجب على الموجب أن يقوم بتحديد المنتج أو الخدمة بكل دقة وتفصيل مستخدماً الوسائل المتاحة لإيصال وصف دقيق عن المنتج أو الخدمة للمستهلك، ففي التعاقد الإلكتروني يستطيع الموجب وصف المنتج من خلال عرض فيديو أو صورة ثلاثية الأبعاد لهذا المنتج.

ثالثاً: القبول في العقد الإلكتروني

القبول هو التعبير الصادر عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، ويفيد موافقته على الإيجاب الذي ما يزال قائماً، وهو التعبير الثاني عن الإرادة الذي يتكون العقد من اقترانه بإيجابٍ له اعتبار قانوني. (الديماطي، ص:74).

وللوقوف على الجوانب القانونية للقبول الإلكتروني نعرض فيما يأتي ماهيّة القبول في العقود الإلكترونية، ومدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني، ونعرض كذلك طرق القبول الإلكتروني، ومن ثم نتناول مسألة العدول عن القبول الإلكتروني.

1- ماهية القبول الإلكتروني[1]:

عرفت مجلة الأحكام العدلية القبول بأنه: (ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد)[2].

وعرف القانون المدني الأردني القبول بأنه: (اللفظ الثاني الذي يشتمل عرضاً لإنشاء العقد)[3] يعرف القبول كذلك بأنه: (التعبير البات عن إرادة الطرف

(1) انظر في تفصيل مفهوم القبول وشروطه (منصور، ص: 72 ـ 78)، (عبيدات، ص: 63 ـ 70)، (الذنون والرحو، ص: 67 ـ 75).

(2) المادة (102) من مجلة الأحكام العدلية.

(3) المادة (1/91) مدني أردني.

الذي وجه إليه الإيجاب، فهو الإرادة الثانية في العقد، إذ لا ينعقد العقد إلا باتفاق إرادتين) (الصده، ص:122).

ويشترط في القبول، كما هو الأمر في الإيجاب أن تتوافر فيه الشروط العامة في الإرادة واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني. (شرف الدين، ص: 94) كما يشترط أن يصدر القبول والإيجاب أن يكون ما زال قائماً، فإذا كانت هناك مدّة للإيجاب تعيّن أن يصدر القبول قبل فوات تلك المدة، وإذا كان الإيجاب قد صدر في مجلس العقد ولم تحدد له مدة، فيجب أن يصدر القبول قبل انقضاء مجلس العقد، أما إذا كانت المدة التي حددت للإيجاب قد انتهت أو كان المجلس قد انفض، أو كان الإيجاب قد سقط بسبب غير هذين السببين، فإن القبول الذي يأتي بعد ذلك يكون إيجاباً جديداً يستطيع الطرف الآخر قبوله أو رفضه. (الصده، ص:122).

ويشترط في القبول أن يكون مطابقاً تماماً لكل ما ورد في الإيجاب؛ لكي يتم به التعاقد. ولا يقصد بالمطابقة التامة المطابقة بالألفاظ والصيغ، وإنما يقصد بها المطابقة في الموضوع. (العبودي، ص:131، 132).

ولا يشترط كي يتطابق القبول والإيجاب الاتفاق على المسائل الجوهرية، والتفصيلية معاً، بل يشترط الاتفاق على المسائل الجوهرية فقط، ويمكن إرجاء النظر في المسائل التفصيلة التي تختلف باختلاف اتفاق الطرفين على أهمية تلك المسائل، فإذا ما عدّت ذات أهميةٍ، لا ينعقد العقد من دونها، أما إذا لم تكن بهذا القدر من الأهمية، فإن العقد ينعقد ويتولى القاضي أمر الفصل فيها"[1][2][3].

(1) انظر نص المادة (100) من القانون المدني الأردني.

(2) انظر في ذات المعنى (علوان، ص: 252، 253).

(3) انظر في ذلك قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (583/ 1983) الصادر بتاريخ 1984 والمنشور في عدد مجلة نقابة المحامين الصادر بتاريخ 1984/1/1 في الصفحة 110 الذي جاء فيه أنه "أناطت المادّتان (102/ =

ويمكن أن يتم التعبير عن القبول عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، وهو لا يختلف عن القبول التقليدي، إلا أنه يتم بهذه التقنيات مع ما يتميز به من قواعد خاصة (ناصيف، ص:97).

وقد أكدت التشريعات الناظمة للتجارة والمعاملات الإلكترونية جواز التعبير عن القبول من خلال رسائل البيانات، ومنها قانون الأونسترال النموذجي، إذ نصت المادة (11) على أنه: (يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن القبول ...)، وعلى هذا النهج سار المشرّع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية فقد جاء في المادة (13) إنه (تعتبر الرسالة الإلكترونية وسيلة من وسائل التعبير من الإرادة المقبولة لإبداء الإيجاب والقبول بقصد العقد) وفي ذات الاتجاه سار المشرع الإماراتي والمشرّع البحريني.

ويعبر عن إرادة القبول في العقود الإلكترونية صراحة أو ضمناً كما هي الحال في التعبير عن إرادة القبول في العقود التقليدية، ففي القبول الإلكتروني يكون التعبير صريحاً كأن يرسل القابل بطريق التلكس أو الفاكسميل رسالة يرد فيها صراحة أنّه قد قبل الإيجاب، فيكتب مثلاً في الرسالة أنّ عرضكم وتاريخه كذا مقبول، وقد يكون ضمنياً، كإرسال البضاعة المتفق عليها، أو أن يرسل بالفاكس رسالة تهنئة بانعقاد الصفقة" (المطلق، ص:46).

وخلاصة القول: إن القبول في العقود الإلكترونية لا يخرج في مفهومه العام عمّا هو عليه القبول في العقود التقليدية، ويحكم بمقتضى القواعد العامة التي تتناول القبول التقليدي بالتنظيم، إلا أن للقبول في العقود الإلكترونية جوانبَ

=

2) من القانون المدني الأردني، والمادة (174) من قانون أصول المحاكمات المدنية للمحكمة حق القضاء في تعيين المسائل التفصيلية والفرعية المختلف عليها بين المتعاقدين في عقد تام الانعقاد، ومتفق على المسائل الجوهرية جميعها، ونقاط العقد الأساسية".

خاصةً تتعلق بالتعبير عن هذا القبول بالسكوت، وكذلك الطرق الحديثة المستخدمة للتعبير عن القبول في تلك العقود وحق القابل في العدول عن قبوله التي سيتعرض الباحث لتفصيلها فيما يأتي.

2- مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني:

السكوت هو التزام حالة سلبية لا يرفقها لفظ أو كتابة أو إشارة أو عمل يحمل معنى التعبير عن الإرادة، وقد يكون ساكناً في ظاهره وباطنه، ولا تسمح ظروفه باستيفاء أية إرادة منه ويدعي عندها بالسكوت المجرد، وقد يكون ساكناً في ظاهره، متجهاً لإحداث الأثر الشرعيّ في باطنه، ويدّعي عندها بالسكوت الملابس. ويتجه الفقه الإسلامي إلى الاعتداد بالنوع الثاني دون الأول (سوار، 264).

والقاعدة العامة في الفقه والقانون عدم الاعتداد بالسكوت، ومقتضى هذه القاعدة أنه (لا ينسب إلى ساكت قول)[1] والاستثناء على تلك القاعدة هو الاعتداد بالسكوت الملابس في الحالات الآتية[2]:

1- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف أو غير ذلك من الظروف تدلّ على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، ومن ثم فإن التعامل الذي يتم وفقاً لخطوات محددة ومعتادة في مثيله، وبما لا يفترض دائماً حتماً موقفاً إيجابياً من جانب المتعاقد المحتمل يؤكد به قبوله التعاقد، فإن سكوته يعني قبوله للتعاقد. فتوريد البضاعة المطلوبة، وعدم ظهور اعتراضات عليها عند التسليم يفيد القبول (عبد الرحمن، ص:71).

(1) انظر نص المادة (1/95) من القانون المدني الأردني.

(2) جاء نص المادة (95) من القانون المدني الأردني على بيان تلك الحالات.

2- إذا كان هنالك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخّض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.

ولعلّ وجود تعامل سابق وعلاقات تجارية سابقة يكون من شأنه أن يعد السكوت قبولاً، ومثال ذلك أن يعتاد تاجر الجملة في موعد دوري معين القيام بإرسال بضاعة معينة إلى عميله، دون أن ينتظر الردّ على ذلك، فيعد سكوت العميل في هذه الحالة قبولاً.

ويعد السكوت قبولاً أيضاً عندما يكون الإيجاب للمنفعة المحضة لمن وجه إليه، ومن الأمثلة على ذلك الإيجاب الذي لا يلزم إلا الموجب كالوعد بالبيع وسكوت العامل عن زيادة أجره، ويعد ذلك قبولاً.

لم يعالج قانون المعاملات الإلكترونية الأردني كأغلب الأحكام القانونية الناظمة للتجارة والمعاملات الإلكترونية هذه المسألة، الأمر الذي يترتب عليه ضرورة إعمال ما ورد في القواعد العامة من قواعد خاصة بالسكوت على القبول بطريق السكوت في التعاقد الإلكتروني. من هنا، يطرح التساؤل الآتي: هل يصلح السكوت للتعبير عن القبول بالتعاقد الإلكتروني؟

يقصد بالسكوت موضوع التساؤل: هو السكوت الملابس، إذ إنه لا شك في أن السكوت غير الملابس لا يصلح للتعبير عن القبول، سواء أكان العقد تقليدياً أم إلكترونياً.

وفي مثل هذه الحالة يتطلب منا مضاهاة الاستثناءات الواردة في القاعدة العامة التي مفادها أنه لا ينسب إلى ساكت قول على القبول الإلكتروني، فتلك الاستثناءات أوردها المشرع، وأجاز من خلالها أن يكون السكوت صالحاً للتعبير عن القبول في التعاقد التقليدي، فهل هي كذلك في التعاقد الإلكتروني؟

اختلف الرأي في هذا الشأن على النحو التالي:

ويرى بعض الفقهاء تطبيقاً للقواعد العامة إن سكوت أحد المتعاقدين في التعامل السابق بينهما عبر تقنيات الاتصال الحديثة يمكن أن يستنتج منه القبول، شأنه في ذلك شأن القبول التقليدي. وأن استعمال الوسيلة الإلكترونية لا ينبغي أن يمثل مبرراً للخروج عن تطبيق القواعد العامة (ناصيف، 103).

يرى البعض الآخر من الفقهاء أن السكوت لا يصلح للتعبير عن القبول في التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة؛ لأن من يستلم رسالة إلكترونية تتضمن إيجاباً يحق له أن لا يرد عليها حتى ولو ورد فيها إنه إذا لم يرد على هذا العرض خلال مدة معينة اعتبر ذلك قبولاً[1].

ويرى جانب ثالث من الفقه أن الحالات الاستثنائية والتي يعتبر فيها السكوت قبولاً لابد أن تواجه بمنتهى الحذر في العقود الإلكترونية، حيث يصعب القول إن العرض يلعب دوراً فعلياً في التعاقد الإلكتروني نظراً لحداثة هذا الشكل من أشكال التعاقد، كما وأنه في الحال التي يتمخض عنها الإيجاب لمصلحة من وجه إليه فهي حالة تتضمن عملاً من أعمال التبرع دون أي التزام على عاتق من وجه إليه الإيجاب، وهو فرض غير مألوف في العقود الإلكترونية، طالما إن الأمر يتعلق بمعاملات مالية يكون أحد طرفيها في الغالب من المهنيين الذي يباشر عمله بقصد الربح، أما عن حالة التعامل السابق بين المتعاقدين، وهي الحالة الأكثر شيوعاً في العقود الإلكترونية ومثال ذلك اعتياد العميل على شراء بعض السلع من أحد المتاجر الافتراضية سواء بالبريد الإلكتروني أو عن طريق

(1) انظر في هذه الرأي (شرف الدين، د. ت) بحث بعنوان الإيجاب والقبول في التعاقد وتسوية منازعته، متاح على الموقع http: //www.arablawinfo.com. تاريخ ووقت الزيارة 2011/1/15، الساعة : 1: 30 صباحاً.

صفحات الويب ـ وهنا يجوز القول بأن هذه الحالة هي النموذج للتعامل السابق ـ إلا أنه لا ينبغي إغفال حقيقة مهمة وهي أنه لا يجوز استنتاج القبول من مجرد سكوت العميل في حالة التعامل السابق، بل لابد أن يقترن بظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول العميل، كما لو وجد اتفاق سابق بين الطرفين على ذلك، سواء أكان هذا الاتفاق صريحاً أم ضمنياً[1] (مجاهد، ص:219).

يذهب الباحث إلى تأييد مذهب الفريق الثالث من الفقه نظراً لعدم إمكانية إسقاط جميع الاستثناءات الواردة في القواعد العامة على العقد الإلكتروني، إذ لابد من مراعاة الجوانب الخاصة لهذا العقد ومراعاة حداثة هذا العقد وجدة التنظيم القانوني لهذا النوع من العقود.

3- طرق القبول الإلكتروني:

فرضت طبيعة التعامل الإلكتروني استخدام أساليب حديثة للتعبير عن القبول فقد يتم القبول الإلكتروني بوسيلة مكتوبة مما يضفي على العقد نوعاً من الثقة والأمانة للمتعاقدين، كما قد يتم القبول عبر الفاكس أو عن طريق ملء استمارة تتخذ شكل نموذج طلب معروض على الإنترنت، ومن الأساليب الأخرى للتعبير عن القبول الإلكتروني إرسال كلمة مرور إلى التاجر أو ما يثبت هوية المتعاقد أو تثبيت الطلبية بالبريد الإلكتروني أو إرسال رقم بطاقة الائتمان.

إن استخدام هذه الأساليب في مجملها لم يواجهه بصعوبات ولاسيما أن أغلب القوانين أكدت على إمكانية استعمال الوسائل الإلكترونية للتعبير عن القبول[2] كما يضاف إلى ذلك أن القواعد العامة لم تحدد طريقاً معيناً للتعبير

(1) انظر في ذات الرأي (منصور، ص: 70، 71)

(2) انظر ما تقدم في صلاحية رسائل البيانات للتعبير عن الإرادة (ص 23 ـ 27).

عن القبول، بل أجازت هذا التعبير بأية طريقة لا تدع مجالاً للشك بوصفها تعبيراً عن إرادة من وجّه إليه الإيجاب.

لقد شكل التعبير عن القبول الإلكتروني بالنقر أو اللمسة الواحدة لزر القبول نقطة قانونية هي موضع للجدل والنقاش، إذ أثار هذا الأسلوب تساؤلاً يتعلق بالإثبات؛ أي تحقق القبول من عدمه وكيفية إثبات أن اللمسة صدرت من شخص المتعاقد نفسه أم لا؟

ولا يوجد مانع من الناحية النظرية من تنفيذ القبول بمجرد ملامسة أيقونة القبول أو الضغط عليها، لكنّ ذلك لن يكون حاسماً؛ لأنه سيؤدي إلى حدوث مشكلاتٍ متعلقة بالإثبات[1].

من هنا، سعت بعض التشريعات أمام هذا الواقع إلى إضفاء الصبغة القانونية على هذه الوسيلة، ومنها تشريع كندا الموحّد بشأن التجارة الإلكترونية لعام 2000، إذ نصت المادة (20) على أن: (اللمس أو النقر على زر أو مكان معين بشكل ملائم على شاشة الحاسوب تصلح كطريقة للتعبير عن القبول).

والنص على صلاحية النقر أو اللمس هو وسيلة للتعبير عن القبول، وإن كان يبرر قانوناً كفاية استخدام مثل هذا الأسلوب للتعبير عن القبول الإلكتروني، إلا أنه لم يكن مقنعاً. من هنا؛ سعى الفكر القانوني إلى إيجاد حلول تمنح مثل هذا الأسلوب الثقة، فظهر ما يعرف القبول المزدوج.

ويكون القبول المزدوج بضغطة مزدوجة (doublclic)[2]، أو يتم تأكيد القبول باستخدام لفظ نعم (oui) في حال القبول أو اللفظ (non) الرفض[3].

---

(1) انظر في ذلك (محمد، ص: 186).

(2) تبني العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في النسخة المنقحة في 2005 هذا النمط، فقد نصت المادة (6) منه على أنه: (يعقد العقد بصفة نهائية بين الطرفين عندما يعين المستهلك قبوله للعقد بنقرتين).

(3) اختلف الفقه الحديث بشأن القيمة القانونية لتأكيد القبول بين مذهبين، أحدهما يرى أن مجرد لمس =

(الجمال، ص:127)، أو أن يحرر المشتري الشراء بوساطة وثيقة خاصة تسمى (الأمر بالشراء) التي يتوجب على المستهلك أو العميل تحريرها على الشاشة، إذ يتأكد سلوكه الإيجابي بهذا الشأن، وهو قبول التعاقد أو تأكيد الأمر بالشراء بشكل يرتد معه الجواب بالموافقة إلى موقع البائع الإلكتروني[1].

والتطور المتلاحق في التكنولوجيا المستخدمة أدّى إلى ابتكار طرق جديدة للتعبير عن القبول، غير تلك المشار إليها من هذه الطرق وهي ما تعرف بطريقة التعبير عن القبول عن طريق تمزيق غلاف الإجازة أو تلفه، وهي تقنية أمريكية الأصل تعتمد على منح مستعملي برنامج الحاسب الآلي استعمال غير حصري لهذا البرنامج، إذ يُعدّ قبولاً إنشاء إجازة استعمال البرنامج "تمزيق غلاف القرص اللين الذي يحتوي على البرنامج بعد قراءة مواد العقد المدونة على ظهر الغلاف". (عبد الله، ص: 182).

ومن الطرق المستخدمة للتعبير عن القبول الإلكتروني طريقة التحميل عن بعد، ويقصد بالتحميل عن بعد نقل أحد البرامج أو بعض المعلومات إلى الكمبيوتر الخاص بالعميل عن طريق شبكة الإنترنت، بحيث يحصل العميل على هذا البرنامج أو هذه المعلومات دون الحاجة إلى استعمال الوسيلة العادية لوضع البرنامج على جهاز الكمبيوتر عن طريق القرص المرن، أو الأسطوانة المدمجة (مجاهد، ص:231).

=

الأيقونة لا يعد قبولاً، ولذلك يشترط التأكيد، والمذهب الآخر ميز فيما إذا كان البرنامج المستخدم في الحاسوب يسمح بانعقاد العقد عند صدور التأكيد أو بعده، أو ما إذا كان البرنامج يشترط تأكيد القبول لكن دون أن يمنع انعقاد العقد بلا هذا التأكيد (للمزيد انظر الجنائي، ص: 43).

(1) انظر (يونس، ص: 299).

4- العدول عن القبول الإلكتروني[1]:

بموجب القوة الملزمة للعقد، فإن أيّاً من طرفيه لا يستطيع أن يرجع عنه، فمتى تم التقاء الإيجاب بالقبول قام العقد، ويصبح تنفيذه ملزماً ولا رجعة فيه. (العيش، ص: 128).

ونظراً لأن المستهلك في العقد الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بها وبخصائص الخدمة قبل إبرام العقد، فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول عن العقد خلال مدة معينة، تبدأ من تاريخ تسلمه للشيء محل العقد[2].

وقد أقرت العديد من التشريعات حق المستهلك بالعدول عن القبول خلال مدة معينة، تفاوتت هذه المدة من تشريع إلى آخر[3].

وقد أقر المشرع الفرنسي بتقنين الاستهلاك الفرنسي هذا الحق بموجب نص المادة (26/121) التي نصت على أنه: (يحق للمشتري في كل عملية بيع عن بعد إعادة المنتج خلال مدة سبعة أيام كاملة، تبدأ من تاريخ تسلمه، سواء لاستبداله، أو لاسترداد ثمنه، دون مسؤولية أو نفقات،فيما عدا تكاليف الرد).

كما أقر التوجه الأوروبي رقم (97/7) الصادر عام 1997 هذا الحق، إذ منحت الفقرة الأولى من المادة السادسة الحق للمستهلك في العدول خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام، تبدأ من تاريخ الاستلام بالنسبة للمنتجات. أما بالنسبة للخدمات، فإن المهلة هي سبعة أيام تبدأ، من تاريخ إبرام العقد.

---

(1) انظر في ذات المعنى (إبراهيم، ص: 272) (منصور،ص: 72).

(2) انظر تفصيلاً هذا الحق (رشيدي، ص: 111 ـ 141).

(3) لم ينص قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على هذا الحق، كما لا يمكن الأخذ بمطابقة الواقع القانوني لهذا الحق مع الخيارات الممنوحة للعاقد المنصوص عليها ضمن أحكام القانون المدني، ونتوه في هذا الصدد أن المشرع الأردني قد تناول الحقّ بموجب مشروع قانون حماية المستهلك الذي لم يرَ النور حتى تاريخه.

ولم يورد المشرّع الأردني أية مادة في قانون المعاملات الإلكترونية تقتضي بمنح هذا الحق للمستهلك، وأعطى المشرّع الأردني بموجب أحكام مشروع قانون حماية المستهلك الأردني لسنة 2007 في مادته السابعة الحق للمستهلك بالعدول خلال عشرة أيام، واستثنى السلع الاستهلاكية القابلة للتلف السريع، على أن يكون ردّ السلعة أو استبدالها مسبباً لوجود عيب فيها، على أن لا يكون هذا العيب ناتجاً عن استعمال المستهلك للسلعة.

ويرى الباحث في هذا الصدد أن منح المستهلك مثل هذا الحق قد يلحق ضرراً كبيراً بالتاجر، إلا أنه يمكن الموازنة بين حق المستهلك في العدول ومصلحة التاجر، وذلك من خلال وضع القيود القانونية على ممارسة هذا الحق، بحيث لا تتم ممارسة مثل هذا الحق، إلا بحدود ضيّقة، وهو ما ذهب إليه المشرع الأردني بقانون حماية المستهلك الأردني.

رابعاً: مجلس العقد الإلكتروني

مجلس العقد فكرة من صنع الفقه الإسلامي، فقد صاغ الفقه الإسلامي هذه النظرية بإتقان كبير[1]. وفكرة مجلس العقد لم تعالج علاجاً خاصاً في الفقه الفرنسي، لذلك لم نرَ لها صدى في التقنين الفرنسي. أما التشريعات العربية، فقد عرضت هذه الفكرة، وكان السبق في ذلك للقانون المدني المصري، ومن ثم القانون المدني الأردني. ويتطلب بحث مجلس العقد تناول ماهيّة هذا المجلس، والطبيعة القانونية له.

---

(1) انظر في موقف مذاهب الفقه الإسلامي من نظرية مجلس العقد في (السرخسي 2002 ص: 149، 150) (الشيرازي، 2003، ص: 5) (الحلي، د.ت، ص: 93).

1- ماهية مجلس العقد:

يعرف مجلس العقد بأنه: (الحال التي يكون فيها المتعاقدون مقبلين على التفاوض في العقد، فيلغوا الإيجاب إذا انفض المجلس قبل القبول، ولا عبرة لوجود القبول بعد ذلك). (الزرقا، 1952، ص:243).

والغرض من فكرة مجلس العقد هو تحديد المدة التي يصحّ فيها أن تفصل الإيجاب عن القبول، حتى يتمكّن من عُرض عليه الإيجاب من المتعاقدين أن يتدبّر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه، ولكن من جهة أخرى، لا يسمح له أن يُمعِن في تراخيه إلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلقاً مدة طويلة دون الرد على إيجابه، ولذلك وجب التوسط بين الأمرين ومن هنا ظهرت نظرية مجلس العقد. (السنهوري، د.ت، ج1، ص:90).

يتنوع مجلس العقد إلى نوعين، هما:

أ- مجلس العقد الحقيقي:

"يقصد به مجلس العقد الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد، فيكونان على اتصالٍ مباشرٍ، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشَرة باعتبارهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل، وهو يبدأ بتقديم الإيجاب، وينتهي بالردّ على الإيجاب قبولاً أو رفضاً، وإما بانفضاضه دون رد". (رشيدي، ص: 28).

ب- مجلس العقد الحكمي:

هو المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه، ويتم نقل الإيجاب إلى هذا المجلس الحكمي بوسيلة تقليدية أو إلكترونية (العشماوي، 2009، ص:38) كما هي الحال في التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة.

"عنصرا الزمان والمكان هما اللذان يفرقان بين نوعي مجلس العقد الحقيقي والحكمي، إلا أن عنصر الزمان يبقى العنصر الأساس في التفرقة

بينهما، ولذلك يذهب أغلب الفقهاء إلى أن معيار التمييز في التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين هو وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به"[1].

يقوم مجلس العقد على ركنين، هما؛ الركن المادي: هو المكان، والركن المعنوي: هو الزمان، أي الفترة الزمنية بين صدور القبول والإيجاب، وبتطبيق ذلك على العقد الإلكتروني، نجد أنه مكان افتراضي؛ لأنه يتم في فضاء إلكتروني. أما بالنسبة للزمان، فقد تطول الفترة أو تقصر حسب الطريقة التي يتم بها التعاقد الإلكتروني، وعمّا إذا كان يتم عبر البريد الإلكتروني، أو من خلال مواقع الويب، أو عن طريق المحادثة... وغيرها. (إبراهيم، ص:285).

أما شرطا تكوين مجلس العقد الإلكتروني، فهما حضور المتعاقدين في مجلس العقد حضوراً افتراضياً، وبدء الانشغال بالتعاقد (عجيل، 204).

2- طبيعة مجلس العقد الإلكتروني:

اختلفت الآراء حول طبيعة مجلس العقد الإلكتروني بشأن ما إذا كان تعاقد بين حاضرين، أو بين أشخاص غائبين، وانقسمت إلى خمس اتجاهات، هي:

الاتجاه الأول: يرى جانب من الفقه[2] أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين زماناً ومكاناً. ونظراً لعدم صدور الإيجاب والقبول في اللحظة نفسها، بل يوجد فاصل زمني بين علم الموجب بالقبول وصدوره، ولاختلاف مكان المتعاقدين، فقد يتم الإيجاب في مكان، والقبول في مكان آخر.

الاتجاه الثاني: يرى أصحاب هذا الاتجاه[3] أن التعاقد الإلكتروني هو

(1) انظر في ذلك (بدوي، ص: 105).

(2) انظر في هذا الاتجاه (المومني، ص: 83).

(3) انظر في هذا الاتجاه (رشدي، ص: 29).

تعاقد بين حاضرين، إذ يكون المتعاقدان على اتصال مباشر فيما بينها فعلى الرغم من أن المتعاقدين غائبان، فإنه لا يفصل زمن في التعاقد بينهما ما بين صدور القبول والعلم به، فتطبق بالنسبة لهما قواعد التعاقد ما بين حاضرين وفق أصحاب هذا الاتجاه.

الاتجاه الثالث: يرى مؤيدو هذا الاتجاه[1] أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان، فهو يعد تعاقداً بين حاضرين لانعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب، ويعد تعاقداً بين غائبين من حيث المكان.

الاتجاه الرابع: يذهب أنصار هذا الاتجاه[2] إلى اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين غائبين من طبيعة خاصة، إذ يرى أصحاب هذا الاتجاه أنه لا يمكن تطبيق فكرة التعاقد بين غائبين على التعاقد الإلكتروني، ذلك أن القانون التقليدي للتعاقد بين غائبين، يفترض فكرة تفاوت المسافات والزمن معاً، وهذا التفاوت غير موجود في التعاقد الإلكتروني، فقد يكون الطرفان المتعاقدان على اتصال في وقت واحد، كما لا يمكن إعطاء وصف التعاقد من حاضرين للتعاقد الإلكتروني؛ لأنه يتم تبادل الإرادات من خلال الوسائل المادية التقليدية.

الاتجاه الخامس: اتخذ هذا الاتجاه موقفاً وسطاً؛ فقد عدّ التعاقد الإلكتروني تعاقداً وسطاً بين حاضرين وتعاقداً بين غائبين، فلا يمكن اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين حاضرين، أو تعاقداً بين غائبين في جميع الأحوال؛ إذ إن تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني يعتمد على المعيار المختار في تحديد لحظة التقاء القبول والإيجاب، وينتهي هذا الرأي إلى أن مسألة طبيعة التعاقد

(1) انظر في هذا الاتجاه (المسلمي، 2000، ص: 19).

(2) للتفصيل في هذا الاتجاه انظر (الأباصيري، ص: 61).

الإلكتروني يجب بحثها من خلال القانون الواجب تطبيقه على العقد (إبراهيم، ص: 291، 292).

رأي الباحث:

يرى الباحث أن تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني يتوقف على الوسيلة المستخدمة في إبرام ذلك العقد.

وفي ظل أحكام المادة (102) من القانون المدني الأردني والتي تنص على أنه (يعتبر التعاقد بالهاتف، أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان، كأنه تم بين متعاقدين لا يضمها مجلس واحد حين العقد وأما فيما يتعلق بالزمان، فيعتبر كأنه تم بين حاضرين).

ويمكن القول: إن التعاقد الإلكتروني يكون تعاقداً بين حاضرين زماناً وغائبين مكاناً في العقود الإلكترونية المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة على عمومها لقياسها على الهاتف الذي ورد النص عليه في المادة أعلاه، إلا في حالة التعاقد غير اللحظي، أي التعاقد الذي يوجد فاصلاً زمنياً بين الإيجاب والقبول – وهذا النوع من التعاقد يمكن تصوره عند استخدام البريد الإلكتروني باعتباره وسيلة للتعاقد؛ إذ يمكن أن يؤدي أي عطل أو خلل فني في الشبكة إلى إعاقة وصول القبول، فيحول دون الاتصال اللحظي عندها، ويكون التعاقد الإلكتروني بين غائبين زماناً ومكاناً.

خامساً: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

تطرح العقود المبرمة عن بعد أو ما يعرف بعقود المسافات[1] إشكاليات

(1) Formation and validity, 1988, p: 37.

تتعلق بزمان ومكان إبرام العقد؛ لأن أطراف العقد لا يكونون حاضرين وقت إنشاء العقد.

وتحديد زمان ومكان انعقاد العقد له أهمية كبيرة، وذلك من حيث تحديد القانون الذي يحكم العقد، إذا كان التعاقد قد تم بين غائبين لا تجمعهما دولة واحدة، والمحكمة المختصة في نظر النزاع الناشئ عن مثل هذه العقود، ومن حيث تحديد تاريخ انعقاد العقد لتثبيت وقت نفاذه ووقت سريان التقادم عليه [1] (السرحان، خاطر، ص: 75، 76).

الأهمية الكبيرة لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد تدعونا إلى تناول ما يأتي:

1- زمان انعقاد العقد الإلكتروني.
2- مكان انعقاد العقد الإلكتروني.

1- زمان انعقاد العقد الإلكتروني:

ينعقد العقد في اللحظة التي تلتقي فيها إرادتان، إرادة الموجب وإرادة القابل؛ أي التقاء القبول بالإيجاب، فإن من الطبيعي ألا تكون ثمة صعوبة في تحديد زمان انعقاد العقد عندما يتم بين شخصين حاضرين في مكان واحد؛ إذ ينشأ العقد ويتم فوراً في الوقت الذي يقترن فيه القبول بالإيجاب، ويعد زمن انعقاد العقد هو زمن مجلس العقد؛ لأن كلاً من العاقدين يسمع ويعلمه بتعبير الآخر بمجرد صدوره (الصده، ص:127).

وتبرز الصعوبة في التعاقد الإلكتروني والذي يكون فيه فاصل زمني يبين صدور القبول وعلم الموجب؛ أي في التعاقد غير اللحظي، فقد يتبادر أسئلة عدة

(1) لا مجال للقول أن من أهمية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني بيان الوقت الذي لا يستطيع الموجب بعده أن يعدل عن إيجابه لأن إيجاب المهني ملزم قانوناً بالبقاء على إيجابه (بدر، ص: 225).

في الفقه عن الوقت الذي يتم فيه انعقاد العقد، فهل أبرم عند دخول الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول نظام الكمبيوتر الخاص بالموجب؟ أم عندما يصل القبول نظام الكمبيوتر الخاص بالموجب ويسجلها الموجب؟ أو عندما يصل القبول لنظام المعلومات الخاص بالموجب، ويقوم بالاطلاع عليها ومعالجتها وتفسيرها؟

ولقد شكلت مسألة تحديد زمان انعقاد العقد التقليدي نقطة خلاف بين فقهاء القانون، فقد حاول الفقه تحديد تلك الخطة من خلال نظريات وضعت لذلك، مع ظهور ما يعرف بالتعاقد الإلكتروني عادت هذه المسألة إلى الظهور ونعرض فيما يأتي النظريات التي قبلت في مسألة تحديد زمن انعقاد العقد وتطبيقها على العقد الإلكتروني[1].

أ- نظرية إعلان القبول:

مقتضى هذه النظرية أن العقد هو اتحاد إرادتين على إحداث أثر قانوني، ويتم ذلك بمجرد إعلان القبول إذا يطمئن القابل إلى انعقاد العقد حال إعلان قبوله، فيبني تعامله مع غيره على هذا الأساس، فضلاً عن أنها تحقق السرعة في التعامل حسب مقتضيات الحياة الحديثة (الذنون، الرحو، ص:76).

وطبقاً لهذه النظرية، فإن العقد الإلكتروني يعد تاماً عندما يعلن القابل قبوله للإيجاب الذي عرض عليه باستخدام الوسيلة الإلكترونية، كتحرير رسالة إلكترونية تتضمن القبول دون تصديرها مثلاً[2].

(1) تسمى هذه النظريات النظريات الأحادية مقارنة بالنظريات الحديثة التي ظهرت وترى أنه ليس ثمة تلازم حتمي بين مسألة زمان انعقاد العقد ومسألة مكان الانعقاد، وأطلق على هذه النظريات الحديثة اسم النظريات الثنائية، وأيدها الأستاذان مالوري وشيفاليه (للمزيد في تفصيل هذه النظريات انظر (العبودي، ص: 164 ـ 172).

(2) انظر في ذلك (العيش، ص: 131).

وواجهت هذه النظرية انتقادات عدّة أهمها أنها تجاهلت إرادة الموجب، فالقاعدة العامة أن من حق الموجب الرجوع عن إيجابه ما لم يرتبط بالقبول، إلاّ إذا كان محدداً المدة[1].

ب- نظرية تصدير القبول[2]:

تتفق نظرية تصدير القبول مع النظرية الأولى في أساسها، ولكنّها تختلف عنها في اشتراط أن يكون القبول نهائياً، والقبول لا يكون نهائياً وفق رأي أصحاب هذه النظرية، إلاّ إذا استحال على القابل الرجوع فيه، وهذا لا يتأتّى إلا إذا صدر القبول فعلاً بالبريد أو البرق (سلطان، ص:68).

وعندما تطبّق هذه النظرية على انعقاد العقد الإلكتروني، يتبين أنه يتم في اللحظة التي يقوم فيها العميل بالضغط على زر الإرسال الخاص برسالته الإلكترونية التي تحتوي قبولاً للإيجاب الموجه إليه عبر البريد الإلكتروني. ووفقاً لتلك النظرية، لا يستلزم إتمام إبرام العقد الإلكتروني وانعقاد وصول رسالة القبول للموجب ـ إلى البريد الإلكتروني الخاص بالموجب ـ كما في حال ضياعها أو إتلافها (يونس، ص: 348).

إلا أنه يعاب على هذه النظرية أنها تجعل الموجب ملزماً بالعقد على الرغم من عدم علمه بالقبول[3].

---

(1) انظر في ذلك (السرحان، خاطر، ص: 76).

(2) يأخذ بهذه النظرية المشرّع السويسري، إذ نصت المادة (1/10) من قانون الالتزامات السويسري على أن: (العقد الذي يبرم بين غائبين ينتج آثاره من وقت تصدير القبول)،

(3) انظر في ذلك (عبيدات، ص: 74).

ج- نظرية تسليم القبول[1]:

يرى أنصار هذه النظرية أن القبول لا يكون نهائياً بتصديره، إذ يمكن للقابل أن يسترد قبوله وهو في الطريق، ولا يكون نهائياً إلاّ إذا امتنع على القابل استرداده وهو ما يتحقق حين يصل القبول إلى الموجب ويتسلمه، ففي هذا الوقت ينعقد العقد (شرف الدين، ص:102)، بصرف النظر عن العلم الفعلي للموجب بالقبول.

وتنطبق هذه النظرية على العقود الإلكترونية، ونجد أن لحظة انعقاد العقد هي لحظة وصول الرسالة التي تتضمن القبول إلى الموجب (المطر، ص:287).

ويعيب هذه النظرية أن وصول القبول يشبه تصديره ولا يضيف إلى إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية؛ لأن وصول القبول ما هو إلا واقعة مادية ليست لها دلالة قانونية، وهو ليس بقاطع في علم الموجب أو القبول، فقد لا يفتح الرسالة، وقد يستلمها غيره في منزله أو مكان عمله، وعلى الرغم من أن التسليم قرينة على العلم به، غير أنه ليس ضمانة أكيدة[2].

---

(1) أخذت اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980 بهذه النظرية، ويتضح ذلك من خلال نص المادة (24).
وكذلك أخذ قانون الأونسترال النموذجي بشأن الزيادة الإلكترونية بهذه النظرية من خلال نص المادة (15) التي جاء فيها أنه:

أ- إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات، فإن الاستلام يقع:

1- وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين.

2- أو وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابعة للمرسل إليه، ولكنه ليس هو النظام الذي تم تعينه.

ب- إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، فيقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه.

(2) انظر في ذلك (السرحان، خاطر، ص: 76)، (العبودي، 160).

د- نظرية العلم بالقبول:

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن العقد لا ينعقد إلا إذا وصل القبول إلى علم الموجب، عندئذ يحدث توافق الإرادتين، وإن كان وصول القبول يعد قرينة على العلم به، إلا أنه يجوز إثبات عكسها (منصور، ص: 80).

ويؤخذ على هذه النظرية صعوبة إثبات علم الموجب بالقبول الصادر عن القابل في التعاقد الإلكتروني. وتطبيقاً لهذه النظرية، يعد الموجب علماً بالقبول، وذلك يفتح صندوق خطاباته الإلكترونية والاطلاع على الرسالة التي تتضمن القبول، أو في اللحظة التي يطلع فيها صاحب الموقف على تقارير المراسلات أو التعاقد الذي تم من قبل الوسيط المؤتمت (عباينة، ص:154، 15).

موقف المشرع الأردني:

يمكن استخلاص موقف المشرّع الأردني من تحديد زمان انعقاد العقد من خلال نص المادة (17) من قانون المعاملات الإلكترونية التي نصت على ما يأتي:

أ- تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معالجة معلومات لا يخضع إلى سيطرة المنشئ، أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه، ما لم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك.

ب- إذا كان المرسل إليه قد حدد نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات، فتعتبر الرسالة قد تم تسلمها عند دخولها إلى ذلك النظام، فإذا أرسلت الرسالة إلى نظام غير الذي تم تحديده فيعتبر إرسالها قد تم منذ قيام المرسل إليه بالاطلاع عليها لأول مرة.

ج- إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات، فيعد وقت تسلم الرسالة عند دخولها إلى أي نظام معالجة معلومات تابع للمرسل إليه.

ويمكن القول: إن زمان انعقاد العقد الإلكتروني هو الوقت الذي تخرج فيه الرسالة من نظام المعلومات الخاص بالمنشأ، وتدخل ضمن نظام المعلومات الخاص المرسل إليه، مما يعني أن العقد ينعقد قبل أن يعلن المرسل إليه محتويات الرسالة الإلكترونية. (المحاسنة، ص: 333)

2- مكان انعقاد العقد الإلكتروني:

لا يثير تحديد المكان في التعاقد الإلكتروني أية صعوبة حينما يكون الطرفان المتعاقدان في دولة واحدة ويجمعها موطن مشترك، وتكون قواعد القانون الداخلي لهذه الدولة واجبة التطبيق، بيد أن الصعوبة تظهر عند اختلاف الموطن، لا سيما أن العقد الإلكتروني في الغالب لا يتسم بالطابع الدولي[1].

ويتحدد المكان الذي ينعقد فيه العقد في ضوء الزمان، فإذا كان زمان انعقاد العقد هو الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، فإن المكان هو ذلك الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، وكذلك إذا كان هذا الزمان هو الذي يعلن فيه القبول، فإن المكان هو ذلك الذي يعلن فيه القبول (حجازي، ص:398).

وقد تناول قانون الأونسترال النموذجي مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني بالتنظيم من خلال نص الفقرة الرابعة من المادة (15) فقد نصت على أنه:

ما لم يتفق المنشئ مع المرسل إليه على غير ذلك، يعد أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ويعد أنها تسلمت في المكان الذي يقع فيه مَقَرُّ عمل المرسل إليه، ولأغراض هذه الفقرة:

(1) انظر في ذلك (العشماوي، ص: 134 – 137).

أ- إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقرّ عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعادلة المعنية، أو مقر العمل الرئيس إذا لم توجد مثل تلك المعادلة.

ب- إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقرّ عمل يشار، ومن ثم إلى محل إقامته المعتاد.

من هنا؛ يتضح أن قواعد تحديد المكان في هذا القانون، تتضمن ما يأتي:

1- اتفاق الأطراف فأعطى الأولوية لاتفاق أطراف العقد.

2- إذا لم يتفق الأطراف جعل المكان هو مقرّ عمل المرسل إليه.

3- إذا كان للمرسل إليه أكثر من مقرّ عمل، جعل المكان هو مقرّ العمل الذي له صلة بالمعاملة محل العقد وإذا لم يوجد جعل مقرّ العمل، الرئيس هو المكان.

4- إذا لم يوجد مقر عمل جعل محل إقامة المرسل إليه المعتاد هو مكان انعقاد العقد.

وقد تبنّى القانون الأردني موقف قانون الأونسترال بشأن تحديد مكان انعقاد العقد وذلك من خلال نص المادة (18) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001.

الفصل الثالث

صحة التراضي

3

أولاً: الأهلية في التعاقد الإلكتروني

ثانياً: وسائل التحقق من شخصية المتعاقدين في التعاقد الإلكتروني

ثالثاً: أثر اختلاف التشريعات على الأهلية في التعاقد الإلكتروني والقانون الواجب التطبيق على الأهلية

رابعاً: عيوب الإرادة في التعاقد الإلكتروني

الفصل الثالث

صحـة التراضـي

تمهيد وتقسيم:

وجود التراضي بين المتعاقدين لا يكفي وحده لينتج العقد أثره، بل لابد من أن يكون هذا التراضي صحيحاً. وصحة التراضي تستلزم أن يكون الرضا صادراً من ذي أهلية لإبرام التصرفات القانونية، وأن يكون خالياً من العيوب التي قد تصيب الإدارة من إكراه وتغرير وغبن فاحش وغلط.

وبما أنّ العقد الإلكتروني ينعقد في بيئة إلكترونية عبر وسائل الاتصال الحديثة ويكون هذا الانعقاد عن بعد؛ فإن هذا النوع من التعاقد تيسير الكثير من الصعوبات التي تكتنف صحة الرضا وسلامته.

وأبرز هذه الصعوبات تتعلق بأهلية المتعاقدين؛ إذ تشكّل أهلية المتعاقدين في التعاقد الإلكتروني نقطة بحث مهمة، لما تنطوي عليه من إشكاليات. ومن الصعوبات الأخرى المهمة التي تواجه التعاقد الإلكتروني سلامة إدارة المتعاقدين، وما قد يلحق بها من عيوب، فضلاً عن العيوب المقررة في القواعد العامة التي تمس سلامة الرضا وتطبيقها على العقود الإلكترونية.

ونحاول فيما يأتي الوقوف بشيء من التفصيل على تلك الصعوبات وفق التقسيم الآتي:

أولاً: الأهلية في التعاقد الإلكتروني.

ثانياً: وسائل التحقق من شخصية المتعاقدين في التعاقد الإلكتروني.

ثالثاً: أثر اختلاف التشريعات في أهلية التعاقد الإلكتروني والقانون واجب التطبيق.

رابعاً: عيوب الإرادة في التعاقد الإلكتروني.

أولاً: الأهلية في التعاقد الإلكتروني

يشترط لصحة العقد أن تتوافر لدى طرفيه الأهليّة القانونية اللازمة لإبرامه. وهذا الأمر ميسور في العقود التقليدية التي تتم بين حاضرين. أما العقود المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة التي تنعقد عن بعد، فيبدو أنّ أمر معالجتها عسير. (المطلق، ص: 184).

ويثير موضوع الأهلية اللازمة لإبرام العقود الإلكترونية العديد من الإشكاليات التي تتعلق بالأهلية المطلوبة لإبرام هذا العقد وأثر نقص الأهلية والموت أو فقد الأهلية في هذا النوع من التعاقد.

ونتناول فيما يأتي القواعد القانونية الناظمة للأهلية، وعليه نقسم مسألة أهلية التعاقد إلى ما يأتي:

1- الأحكام العامة للأهلية.

2- أثر نقص الأهلية والموت وفقدها في التعاقد الإلكتروني.

1- الأحكام العامة للأهلية:

الأهلية في اللغة: يقال فلان أهلٌ لكذا: أي صالح له (الرازي، ص:28). ويقال الأهلية للأمر بمعنى الصلاحية له. (المعجم الوجيز، 2002، ص:29).

وتعرف الأهلية اصطلاحاً بأنها: (صفة يقدرها الشارع في الشخص، وتجعله صالحاً لأن تثبت له الحقوق، أو تثبت عليه الواجبات، وتصح منه الالتزامات). (السرحان، وخاطر، ص:105).

والأهلية القانونية نوعان: أهلية الوجوب، وأهلية الأداء.

وتعرف أهلية الوجوب بأنها: (صلاحية الإنسان لوجوب الحقوق المشروعة له وما عليه). (السنهوري، ص:315).

وتثبت أهلية الوجوب للإنسان منذ ولادته حياً وحتى وفاته[1]، بل يمكن أن تثبت للجنين في بطن أمه، ولكنها تقتصر في هذه الحالة على اكتساب الحقوق دون تحمل الالتزامات، والغرض من هذه الشخصية تغطية بعض الأمور التي لو لم يتناولها القانون بمنح الجنين شخصية ناقصة لأدّتْ إلى الإضرار به، كما أن هذه الأهلية تثبت للإنسان بعد وفاته إلى حين تصفية تركته وسداد ديونه. (عبيدات، ص:35).

وبمعنى آخر، هي صلاحية الإنسان لممارسة حقوقه بنفسه. وهذه الأهلية بدورها، إما أن تكون كاملة، أو ناقصة، أو معدومة؛ لأنها تختلف باختلاف أدوار الحياة من جهة، واختلاف سلامة العقل وقدرته على الإدراك والتمييز من جهة أخرى (الفار، ص:59).

وتتقسم التصرفات من حيث الأهلية إلى ثلاثة أنواع:

1. تصرفات نافعة نفعاً محضاً، وهي التي يثري من يباشرها دون أن يدفع مقابلاً، وتشمل أعمال الاغتناء، كقبول الهبة (الحكيم، البكري، ص:64).
2. عقود دائرة بين النفع والضرر، وهي عقود المعاوضة وتكون على نوعين:
   أ- عقود إدارة: وهي عقود ترد على الشيء لاستغلاله كالإيجار بالنسبة للمؤجر.
   ب- عقود تصرفٌ: وترد على الشيء المتصرف فيه بعوض كالبيع بالنسبة لكل من البائع والمشتري (السنهوري، ص: 286).

---

(1) تنص المادة (1/30) من القانون المدني الأردني على أنه (تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيًا، وتنتهي بموته).

ولا يتمتع الإنسان بأهلية الأداء بمجرد ولادته، إذ تبدأ لديه بعد فترة من حياته حتى تكتمل بتمام سنٍّ معيّنة، وعليه؛ فإن الإنسان يمرّ بأدوار (مراحل) في حياته، هي:

المرحلة الأولى: تبدأ من الولادة إلى ما قبل السابعة

ويكون الشخص فيها عديم التمييز أي عديم الإدراك، ومن ثم عديم أهلية الأداء، ولا يستطيع أن يباشر أي نوع من أنواع الأعمال القانونية سواء أكانت نافعة نفعاً محضاً، أم ضارة ضرراً محضاً، أم دائرة بين النفع والضرر[1].

المرحلة الثانية: تبدأ من بلوغ الشخص سن السابعة وتنتهي ببلوغ سن الرشد[2]

ويطلق عليها مرحلة الصبيّ المميز، وتكون تصرفات المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً، وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً، وقابلة للإبطال لمصلحة القاصر عندما تكون دائرة بين النفع والضرر.

المرحلة الثالثة: مرحلة كمال الأهلية ببلوغ سن الرشد

وتبدأ من سن الثامنة عشرة وحتى الوفاة وفق نص المادة (43) من القانون المدني الأردني، وتختلف سنُّ الرشد من دولة إلى أخرى. فبلوغ الإنسان سن الثامنة عشرة - وفق القانون المدني الأردني - يجعله كامل الأهلية ما لم يصبه عارض من عوارض الأهلية التي تؤثر في قواه العقلية على النحو الآتي:

1- *الجنون:*

هو مرض يصيب الشخص في عقله، ويتولى الطبيب المختص تحديده؛ لأن القانون المدني الأردني لم يحدد المقصود بالجنون، وتعد تصرفات المجنون المالية بطالة من الناحية القانونية مهما كان شكلها؛ لأن الإنسان المجنون (محجور عليه

(1) انظر في ذلك نص المادة (2/44) من القانون المدني الأردني ونص المادة (117) من ذات القانون.

(2) انظر نص المادة (2/118) من القانون المدني الأردني.

لذاته)[1]. وعليه؛ فإن المجنون يأخذ حكم الصغير غير المميز، فهو عديم الأهلية لا يستطيع أن يبرم أي عقد سواء أكان ضاراً ضرراً محضاً أم نافعاً نفعاً محضاً أم دائراً بين النفع والضرر، وإن أجاز وليه ذلك[2][3].

2- العته:

يراد بالشخص المعتوه من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير (الفضل، ص: **162**)، ويأخذ المعتوه حكم الصبي المميز[4].

3- السفه والغفلة:

السفيه: هو المغلوب بهواه، فيعمل بخلاف موجب العقل والشرع مع قيام العقل حقيقة (سلطان، ص: **40**).

الغفلة: هو من لا يهتدي إلى التصرفات الرابحة، فيغبن لسلامة قلبه. (سلطان، ص: **40**).

وتشترك الغفلة مع السفه في أن كلا منهما يقوم على ضعف بعض الملكات الضابطة في النفس على نحو يبعد بين الشخص وحسن التدبير، ولكنهما يختلفان في أن السفه يؤدي بصاحبه إلى تبذير ماله، والإسراف في ذلك على غير مقتضى الشرع والعقل، بينما الغفلة تؤدي بصاحبها إلى عدم سلامه التقدير، فيغبن في معاملاته (الجمال، ص: **152**).

وتأخذ تصرفات السفيه وذو الغفلة حكم تصرفات الصبي المميز إذا صدرت بعد إعلان الحجر، أما قبل إعلان الحجر فالأصل أن تعد صحيحة نافذة، إلا إذا كانت نتيجة استغلالٍ، أو تواطؤ (سلطان، ص: **40**)[5].

---

(1) انظر نص المادة (1/127) من القانون المدني الأردني.

(2) انظر تفصيل ذلك (الفضل، ص162) (السرحان، خاطر، ص: 116).

(3) تناولت المادة (127) من القانون المدني الأردني الأحكام القانونية المتعلقة بالجنون.

(4) تنص المادة (1/128) من القانون المدني الأردني على أنه (المعتوه هو في حكم الصغير المميز).

(5) انظر في ذلك نص المادتين (127، 129) من القانون المدني الأردني.

4- اجتماع عاهتين أو أكثر[1]:

الأصل في العاهات البدنية كالأعمى أو الأبكم أو الأصم أنها لا تؤثر على أهلية الإنسان، إلا أن المشرع الأردني أخذ بنظرية المساعدة القضائية التي تقرر للأشخاص ذوي العاهات الجسمانية منعاً من وقوعهم في خطر التصرف، لذلك فإن التصرف الذي يبرم من قبل صاحب العاهة المزدوجة، وبمساعدة الوصي الذي تعينه المحكمة، إنما يتم بإرادة الأول ويكون دور الثاني قاصراً على ترجمة هذه الإرادة [2].

5- الغائب والمحكوم بعقوبة جنائية:

قد تطرأ على الشخص حالة لا تؤثر في تمييزه ولا قدرته على التعبير عن الإرادة، ولكن تمنعه مادياً عن إدارة شؤونه، فتنصب له المحكمة قيماً (السرحان، خاطر، ص: 118).

ومما تقدم، يتبين أن الغائب شخص كامل الأهلية، ولكن الضرورة قضت بإقامة وكيل عنه يدير شؤونه حتى لا تتعطل مصالح الناس ومصلحة الغائب، كذلك المحكوم عليه بعقوبة جنائية، إذ يعهد إلى قيّم يعين من قبل المحكمة، يتولى إدارة ماله، أما أعمال التصرف، فلا بد من إذن خاص من المحكمة وإلا كانت باطلة[3]. وقد أشار المشرع الأردني إلى هذه الحالات في نص المادة (131) التي جاء فيها: (تبين القوانين والأنظمة الإجراءات التي تتبع في الحجر على المحجورين وإدارة أموالهم واستثمارها التصرف فيها، وغير ذلك من المسائل المتعلقة بالوكالة والوصاية والقوامة).

---

(1) انظر تفصيل ذلك (الفار، ص: 65)، (عبيدات، ص: 106).

(2) انظر نص المادة (132) من القانون المدني الأردني.

(3) انظر تفصيل ذلك (السنهوري، ص: 285).

وتعد أحكام الأهلية من النظام العام، لذلك لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها أو يعدلها وفق ما نصت عليه المادة (47) من القانون المدني التي جاء فيها أنه: (ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية ولا عن أهليته أو التعديل في أحكامها) [1].

2- أثر نقص الأهلية والموت وفقدها على التعاقد الإلكتروني:

لا تتطلب العقود الإلكترونية توافر أهلية خاصة تختلف عن الأهلية الواجبة وفق أحكام القواعد العامة، والمقصود بالأهلية هنا هي أهلية الأداء التي تعكس قدرة الشخص على مباشرة الأعمال القانونية والتصرفات، بحيث تنتج آثارها القانونية في مواجهة حق والتزام.

وإن تحديد كمال الأهلية ونقصها أو عدمها لا يشكل صعوبة في التعاقد التقليدي، لأن السبيل ميسّر للتأكد من أهلية المتعاقدين من خلال البطاقة الشخصية للشخص الطبيعي، أو من خلال شهادة التسجيل للشخص الاعتباري كما في الشركات. أما في التعاقد الإلكتروني الذي يجري عن بعد مما لا يسمح بالتحقق من شخصية كل من المتعاقدين، ولا التثبت من الهوية الحقيقية والأهلية اللازمة لمباشرة التعاقد الصحيح. فتبرز مشكلة التحقق من أهلية المتعاقد الآخر في العقد الإلكتروني والتي قد تعرض البائع إلى مخاطر التعاقد مع ناقصي الأهلية أو فاقديها؛ بسبب أحد العوارض التي قد تطرأ على الأهلية، ولا سيّما أن أغلب مستخدمي تقنيات الاتصال الحديثة هم من المراهقين وصغار السن، فقد يستخدم شخص ناقص الأهلية أو فاقدها البطاقة المصرفية لأحد والديه في التعاقد مع تاجر حسن النية، أو أن يتعاقد شخص قاصر على سبيل اللهو أو العبث.

---

(1) يقابل هذا النص نص المادة (48) من القانون المدني المصري.

ويتناول الباحث فيما يأتي أثر نقص الأهلية على التعاقد الإلكتروني في بند وأثر الموت وفقد الأهلية على هذا التعاقد في بند آخر.

أ- أثر نقص الأهلية على التعاقد الإلكتروني:

الأصل أن يفترض في الشخص كمال الأهلية متى سعى للتعاقد، وهذا الأصل هو الذي يجب اعتماده عند تقييم التصرفات، والاستثناء هو عدم اكتمالها بما يؤثر في وجود العقد أو بقائه، ومن ثم على من يسعى إلى إبطال العقد أو التمسك ببطلانه بحجة عدم أهليته لإبرام العقد عبء إثبات ادعائه (عبد الرحمن، ص: 145).

ويبرم العقد الإلكتروني عبر وسائل الاتصال الحديثة دون حضور مادي لأطراف العقد، مما يترتب على كل طرف من طرفي العقد التأكد من أهلية المتعاقد الآخر، الأمر الذي قد يؤدي إلى أن يتعاقد أحد طرفي العقد مع شخص ناقص الأهلية.

ويظهر تطبيق ذلك من خلال الإمكانات الإلكترونية المتاحة أمام أفراد المجتمع جميعهم، بحيث تتيح هذه الإمكانات استخدام وسائل الاتصال الحديثة بغض النظر عن عمر المستخدم، وهذا يسمح لأشخاص غير كاملي الأهلية الدخول في علاقات عقدية من خلال استخدام البطاقات المصرفية لأحد والديهم، والتعاقد مع تاجر حسن النية، أو أن يتعاقد قاصر على سبيل اللهو والعبث، بالإضافة إلى ذلك أن هذه الوسائل ليست في مأمن من الاختراق من قبل القراصنة، أو السطو على البطاقات الائتمانية، وإجراء معاملات باسم أصحاب هذه البطاقات دون وجه حق.

وفي هذه الحالة تتنازع مصلحتان هما: مصلحة القاصر في إبطال التصرفات، إذ تعطي القواعد العامة الحق بإبطال التصرف أو إيقافه حسب الأحوال، ومصلحة التاجر أو الطرف الآخر بإبقاء العقود عليه (المطلق، ص:187).

وفي محاولة صوب تحقيق التوازن بين المصلحتين، ميز القضاء الإنجليزي بين مسألتين، هما[1]:

1- العقود البسيطة: هي العقود التي تكون أثمانها قليلة، كالأطعمة وغيرها، فإن مثل هذه العقود التي يبرمها الصغير تكون صحيحة [2].
2- العقود ذات القيمة المالية الكبيرة: وهي العقود التي يكون مقابلها المالي باهظاً كالعقارات فإن صحّة هذه العقود من عدمها يُراعى فيها مصلحة القاصر، مما يدلل على الحكم ببطلانها في الغالب العام.

ويرى جانب من الفقه أنه ينبغي معالجة هذه المشكلة من خلال التوسع في الأخذ بنظرية الوضع الظاهر، وترجيح مصلحة المهنيين، ومن ثم إذا أبرم عقد مع قاصر جاز لتاجر متى كان حسن النية أن يتمسك بأن القاصر عند إبرامه العقد توافر فيه مظهر الشخص الراشد، ويستطيع التاجر أيضاً الرجوع على القاصر على أساس المسؤولية التقصيرية، التي نصت عليها أغلب التشريعات التي تقضي بمسؤولية الإنسان عن فعل غيره، بسبب علاقة التبعية أو الرقابة على الابن القاصر[3].

وقد أغفل المشرّع الأردني معالجة هذه المسألة في قانون المعاملات الإلكترونية، الأمر الذي يترتب عليه مراجعة القواعد العامة لمعالجتها[4]، وخلاصة ما يمكن قوله بعد الرجوع إلى تلك القواعد إن من حق المتعاقد الآخر الذي أبرم عقداً إلكترونياً مع قاصر نتيجة إخفاء القاصر أهليته الرجوع على

(1) انظر في تفصيل ذلك (أبو الهيجاء، ص:94).
(2) أجازت بعض التشريعات كالقانون الفرنسي في المادة (481) منه للقاصر القيام ببعض الأعمال اليومية أو الاعتيادية واعتباره مثل البالغ ومن ثم اعتبار تصرفاته في مثل هذه الحالات صحيحة وملزمة.
(3) انظر في ذلك (توكل، ص:97)، (الجمال، ص: 155، 156)، (زريقات، ص:181).
(4) انظر ما تقدم من هذا الفصل في الأحكام العامة للأهلية (ص: 147 ـ 151).

القاصر إلى أساس المسؤولية التقصيرية وليست العقدية، ليطالبه بالأضرار التي لحقت به نتيجة إبطال العقد.

يذهب الباحث في هذا الصدد إلى ضرورة إيجاد توازن حقيقي بين طرفي العقد، وعدم تغليب مصلحة أحدهما على الآخر، فإذا ما ثبت حسن نية التاجر، فلا أقل من أن يمنح الحماية القانونية لإتمام التصرفات التي أنشأها، ولا يكون عرضة إلى التلاعب أو الغش الذي يصدر من القاصر، وما يترتب على ذلك من تحميل ذلك التاجر أعباء مالية، نتيجة إبطال تصرفات التاجر، أو ملاحقة القاصر وذويه على أساس المسؤولية التقصيرية التي تتطلب جهداً ومالاً.

ب- أثر الموت وفقد الأهلية على التعاقد الإلكتروني:

تعدّ مسألة أثر الموت وفقد الأهلية على التعبير عن الإرادة سواء أكان إيجاباً أم قبولاً، ومدى أثر ذلك في انعقاد العقد المبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة نقطة خلاف، فإذا وجّه شخص إيجاباً إلى شخص آخر يعرض عليه صفقة معينة عن طريق إحدى وسائل الاتصال الحديثة، ثم مات الموجب أو أصابه جنون، فهل يسقط هذا الإيجاب؟ أوقد يموت القابل بعد تعبيره بالقبول على شراء صفقة ولم يكن الموجب عند وصول الإيجاب يعلم بموته، فما هو مصير ذلك القبول؟ ويحاول الباحث الإجابة عن كل هذه التساؤلات من خلال التفرقة بين ما إذا كان من أصابه الموت، أو فقد الأهلية هو الموجب أو الموجه إليه الإيجاب، على النحو الآتي:

1- *وفاة الموجب أو فقد أهليته:*

عدّ الفقهاء الحق في القبول من الحقوق التي روعي في ثبوتها شخص الإنسان باعتبارها مشابهة للحقوق المالية، لأنه يترتب على ثبوتها كسب مالي، فالمال من نتائج ثبوت الحقوق، وثمرة من ثمراتها، فقد كان سيترتب على صدور

القبول لو لم يمت من وُجّه إليه الإيجاب تمام الصفقة، ودخولها في ملكه فتكون إضافة إلى ماله، لها قيمتها، ولو مات وتركها تدخل في تركته (المغربي، ص:181).

من هنا، وفقاً للنظرية الحديثة للمذهب الموضوعي، فإن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت صاحبه أو بفقده لأهليته، وأنه بمجرد صدوره عن صاحبه يكون له وجود مستقل ترتبط به مصالح لا يمكن إهدارها، فالإرادة لا تموت أو تنعدم بسبب حادث طارئ، هو موت من صدر عنه هذا التعبير أو فقد أهليته، و هذا ما أكّدته بعض التشريعات منها القانون المدني المصري الذي نصت المادة (92) على أنه: (إذا مات مَن صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، وهذا ما لم يتبين العكس من التعبير)[1].

واختلف الرأي بشأن وفاة الموجب، فذهب جانب من الفقه[2] إلى أن وفاة الموجب أو فقد أهليته وإن لم تؤدِّ إلى سقوط الإيجاب، إلا أنها تمنع من انعقاد العقد. وعليه، إذا ما أرسل الموجب إيجابه عبر وسائل الاتصال الحديثة ثم مات أو فقد أهليته قبل صدور قبول من وجه إليه الإيجاب، فإن ذلك لا يؤثر في الإيجاب إذ يبقى منتجاً لأثره، غير أن التعاقد لن يتم لأنه لم يرتبط بالقبول، وهكذا نكون أمام إيجاب صحيح، ولكنه غير مقترن بقبول، فيظل عديم الأثر[3].

ويذهب رأي آخر إلى وجوب التفرقة بين الإيجاب الملزم وغير الملزم، فالإيجاب غير الملزم يسقط بموت الموجب؛ لأن موت الموجب، أو فقد الأهلية قبل

(1) لم يتعرض المشرع الأردني بأحكام القانون المدني لمعالجة هذه المسألة بنص صريح.

(2) (السنهوري، 234).

(3) انظر تفصيل ذلك (العبودي، ص: 191).

حصول القبول تفقد العقد أحد شروطه ولا يمكن أن يُلزم الميت بأي التزام. أما الإيجاب الملزم المقترن بمدة زمنية، فإن موت الموجب، أو فقد أهليته لا تؤثر في الإيجاب، ويعد موجوداً.

ويذهب الباحث إلى الأخذ بالرأي الأول، فإذا توفي الموجب، أو فقد أهليته سواء بعد صدور الإيجاب مباشرة أو بعد اقترانه بالقبول، فإن التعاقد لا يتم ما دام لا يعلم الموجب بالقبول، ذلك أن الإيجاب يتعلق بالموجب بصورة خاصة، وقد لا يكون في استمراره مصلحة للورثة.

2- وفاة الموجب له أو فقده الأهلية:

إذا توفي الموجب له، يجب التمييز بين حالة الوفاة أو فقد الأهلية قبل علم الموجب له بالإيجاب أو بعد علمه، وفق ما يأتي:

أ. وفاة الموجب له، أو فقد أهلية قبل علمه بالإيجاب: وبوفاه الموجب له، أو فقده الأهلية قبل علمه بالإيجاب، يسقط الإيجاب ولن يرتّب أي أثر، وذلك لعدم توافر شروط وجوده القانوني، بالإضافة إلى أن علم الموجب عنصر أساسيّ في التعبير[1].

ب. وفاة الموجب له، أو فقد الأهلية بعد علمه بالإيجاب: ويكون الإيجاب في هذه الحالة قد استكمل وجوده القانوني، وينتقل حق القبول إلى الورثة، ويتم العقد بتطابق قبول الورثة بعلم الموجب، ما لم يكن العقد قائماً على الاعتبار الشخصي للموجب.

وفي ظل غياب النص في القانون المدني الأردني وقانون المعاملات الإلكترونية لمعالجة أثر الموت وفقد الأهلية في التعاقد التقليدي الإلكتروني، فإن بحث هذه المسألة يتطلب استخلاص الحكم مما استقر عليه الفقه الإسلامي،

---

(1) انظر في ذلك (عبدالله، ص: 223).

وذلك إعمالاً لنص المادة (2) من القانون المدني التي أوجبت على المحكمة الاحتكام إلى أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص القانون المدني في حال غياب النص في هذا القانون.

ثانياً: وسائل التحقق من شخصية المتعاقدين في التعاقد الإلكتروني

تعدّ مسألة التحقق من أهلية المتعاقد في العقود الإلكترونية مسألة فنية دقيقة، ودفعت هذه المسألة علماء التقنية المتخصصين وفقهاء القانون المهتمين في مجال التعاقد الإلكتروني إلى البحث عن وسائل تسهم في إيجاد سبل تقنية وقانونية لحل هذه المشكلة.

ولا توجد حتى الآن وسائل تقنية حاسمة في هذا المجال، إلا أنه توجد وسائل احتياطية وتحذيرية يمكن استخدامها للتحقق من شخصية المتعاقدين، ومحاولة منع ناقصي الأهلية من إبرام العقود، أو تعرّف أهليتهم، ويمكن تصنيف هذه الوسائل إلى فئتين:

الفئة الأولى: الوسائل المباشرة

قامت مجموعة الخبراء القانونيين الأوروبيين بوضع تصور للدليل الإرشادي حول حجيّة سجلات الكمبيوتر والرسائل الإلكترونية المنعقد عام 1997، التي نادت بوجوب قبول الوسائل الإلكترونية والثقة بها، وذلك عوضاً عن الأنماط التقليدية غير المؤتمتة التي تعتمد على المخزون الورقي في تنفيذ المعاملات وإثباتها وتقييمها (الصمادي، **2005**، ص: **68**).

ولعلّ تحقيق درجة قبول مميزة لوسائل التعاقد والإثبات الإلكترونية يتطلب برنامجاً توعوياً شاملاً للمتعاملين، ومؤسسات الأعمال والجهات القضائية والقانونية، وكذلك لترويج المعرفة التقنية ومتطلبات عصر المعلومات (عرب، **2000**، ص: **20**).

وتقسم الوسائل الإلكترونية المباشرة المستخدمة للتحقق من شخصية المتعاقدين في عصرنا الحاضر إلى نوعين، هما:

1- البطاقات الذكية (الهوية الإلكترونية).

2- سلطات الإشهار (جهات التصديق الإلكتروني).

نعرض فيما يلي لهذه الوسائل:

1- البطاقات الذكية (الهوية الإلكترونية):

تعرف البطاقات الذكية بأنها: كروت ذكية، تتمثل في رقائق إلكترونية يتم تصنيعها من لدائن معالجة بكثافة السيليكون، ومن وحدات وشرائح فائقة القدرة، يمكن من خلالها تخزين جميع البيانات الخاصة بمجملها، مثل: الاسم، والسن، ومحل الإقامة، والمصرف الذي يتم التعامل معه، وجميع المعاملات الخاصة بهذه البطاقة. وتعدّ هذه البطاقة بمنزلة الحاسوب الشخصي المتنقل؛ باعتبارها تحتوي على سجل كامل من المعلومات والبيانات الشخصية، والرقم السري لهذه البطاقة المزود بعدة عناصر للحماية ضد عمليات التزييف والتزوير وسوء الاستخدام من جانب الآخرين في حال سرقتها، أو محاولة تقليدها نظراً لنوع اللدائن المستخدمة والشريط المغنط، والصور الفوتوغرافية لصاحبها والرقم السري، وعدم القدرة على فتح الغطاء الخارجي لها (الجمال، ص: 157).

ولم تحقق هذه الوسيلة على الرغم من فاعليتها النسبية وقدرتها من الناحية النظرية على التحقق من شخصية المتعاقدين، انتشاراً واسعاً[1]، وهي بحاجة إلى تنسيق دولي بين الحكومات. وفي ضوء ما سبق، فإن استخدام التعريف بوساطة البطاقات الذكية قد اقتصر على نطاق ضيق بين بعض المؤسسات والهيئات والبنوك[2].

(1) تستخدم هذه البطاقات في الدول الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية واليابان بشكل كبير.

(2) انظر في ذلك (الخطيب، ص: 15).

وعلى الرغم من الاحتياطات المتخذة من قبل المتعاملين بمثل هذه الوسيلة لتأمين المعلومات الخاصة ببطاقاتهم الإلكترونية، إلا أنها لم تكن عصيّة على أصحاب الدهاء الإلكترونية الذين يتفنّون في ابتداع الطرق غير المشروعة لاختراق اتصالات عبر تقنيات هذه البطاقة واستحداث أساليب القرصنة الإلكترونية[1] والاستيلاء على بيانات المتعاملين وأموالهم عبر هذه التقنية[2] (ناصيف، ص: 138)

2- سلطات الإشهار (جهات التصديق الإلكتروني):

هي طرف ثالث محايد بين المتعاقدين، سواء أكانت هيئة عامة أم خاصة، ومهمتها تنظيم العلاقة بين الطرفين على الخط، فتقوم بتحديد هويّة الطرفين، وتتضح أهميتها القانونية بإصدار شهادات تثبيت حقائق متعلقة بالتعاقد الذي يجري عبر الإنترنت (حجازي، ص:172).

وتؤدي جهة التوثيق دوراً وسطاً، أو همزة وصل بين المرسل والمرسل إليه، فكل طرف من أطراف المعاملة الإلكترونية يحتاج إلى شخص محل ثقة يؤكد هوية المتعاقد معه، وصحة توقيعه الإلكترونية وسلامة المعاملة ومشروعيتها، ويُعْدُها عن الغش والاحتيال (نصر، ص: 424). يطلق على هذه الجهة مسميات مختلفة من مثل سلطة الإشهار، ومقدم خدمة التصديق[3].

(1) القرصنة: مصطلح اشتهر استخدامه على كل عمل عنيف غير مرخص به، يرتكب بقصد النهب من قبل سفينة ضد أخرى في أعالي البحار وقد أصبح هذا المصطلح وصفاً يطلق من باب القياس والاستحسان على نهب مصنفات الآخر دون ترخيص منه بقصد الإيجار.

(2) الاحتياطات الكثيرة المتخذة لإعطاء هذه الوسيلة الحماية بقدر كبير لم تحل دون تعرض رئيس مجلس إدارة أحد المصارف السويسرية للاختراق من قبل مجموعة من القراصنة، وأطلقوا على أنفسهم اسم (أبناء الأسرار السوداء) فقد أراد رئيس مجلس الإدارة تصميم موقع متخصص بالشراء عبر الإنترنت، واستخدم كافة الوسائل التقنية المتاحة لإضفاء الحماية على عمليات الشراء التي تتم عبر ذلك الموقع، مستعيناً ببطاقات فنية هائلة. وقد استغرقت عملية تطويره ما يقارب أربعة أشهر، إلا أنه وبمجرد إجراء أول عملية للشراء باستخدام البطاقة الخاصة به وصلته رسالة تفيد بأنه لا يستطيع إكمالها؛ لأن مجموعة القراصنة أعلاه قد أجرت على بطاقته حركة نقدية على البطاقة بكامل تغطيتها. (العيش، ص: 71، 72).

(3) تثبت مثل هذه السلطة لشخص ثالث محايد بقرار الحكم الصادر عن المحكمة الأمريكية العليا الذي جاء فيه أن مؤسسة NSI ، وهي هيئة خاصة تعد الجهة المختصة بإصدار أسماء النطاق، ويتم للتسجيل لديها عبر الإنترنت من خلال ملء نموذج معدّ لذلك، واتباع التعليمات الواردة فيه مع اختيار نطاق الاسم =

وقد تولت التشريعات المتعلقة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية تعريف هذه الجهة، إذ عرف قانون الأونسترال النموذجي في المادة (2/هـ) مقدم خدمة التصديق على أنه: (شخص يصدر الشهادات، ويجوز أن يقدم خدماتٍ أخرى ذات صلة بالتوقيتات الإلكترونية).

عرف التوجه الأوروبي رقم (93) لسنة 1999 جهة التوثيق الإلكترونية في المادة (2) بأنها: (كل شخص قانوني طبيعي أو معنوي يقوم بتقديم شهادات توثيق إلكترونية للجمهور، أو يقدم خدمات مرتبطة بالتوقيعات الإلكترونية).

وعرف القانون الإماراتي للمعاملات والتجارة الإلكترونية مصدر شهادات التصديق في المادة (2) بأنه: (أي شخص أو جهة معتمدة أو معترف بها تقوم بإصدار شهادات تصديق إلكترونية، أو أية خدمات أو مهام متعلقة بها وبالتوقيع الإلكتروني، والمنظمة بموجب أحكام الفصل الخامس من هذا القانون).

ويتبين من التعريفات أعلاه أن جهات التوثيق قد تكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً مهمته تقديم شهادات إلكترونية للجمهور، أو يقدم خدمات مرتبطة بالتوقيعات الإلكترونية.

وتمارس جهات التوثيق العديد من المهام، أهمها تحديد هوية الموقع التي تعد قلب عملية التوقيع الإلكتروني، ويرى بعضهم أنها بمنزلة بطاقة هوية إلكترونية للموقع وتؤدي هذه الشهادة دوراً مهماً في ضمان سلامة التوقيع الإلكتروني (الديماطي، ص:552)، وكما تقوم هذه الجهات بإصدار المفتاح الخاص الذي يتم بمقتضاه تشفير المعاملات الإلكترونية، والمفتاح العام الذي يتم بوساطته فك التشفير (عجيل، ص:126).

المرغوب فيه، وإذا تمت الموافقة على هذا الاختيار يصبح النموذج المذكور هو الشكل العقدي. (الجنابي، 2009، ص:74).

وقد تم تنظيم عمل جهات التصديق الإلكتروني من خلال إصدار التشريعات، إذ حددت كيفية تنظيمها، والسلطة المخولة لها والرقابة عليها.

وقد صدر قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (15) لسنة 2002 إذ أنشأ هذا القانون بموجب المادة (2) منه، هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، وأتبعها لوزير الاتصالات والمعلومات، وأناط بهذه الهيئة سلطة إصدار شهادات التوثيق.

وسار المشرع الإماراتي على النهج ذاته، إذ أنشأ بموجب قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية جهة تسمى مزودي خدمات التصديق، وأتبعها إلى مراقب خدمات التصديق[1].

ونص المشرّع الأردني على هذه الخدمة، فقد جاء في المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني أن إجراءات التوثيق هي (الإجراءات المتّبعة بغرض التحقق من أن التوقيع الإلكتروني أو السجل الإلكتروني، وقد تم تنفيذه من قبل شخص معين أو لتتبع التغيرات والأخطاء التي حدثت في السجل الإلكتروني، بعد إنشائه، بما في ذلك استخدام وسائل التحايل للتعرف على الرموز، والكلمات، والأرقام، وفك التشفير، والاستعادة العكسية، وأية وسيلة، أو إجراءات أخرى تحقق الغرض المقصود).

نص المشرع الأردني بالمادة (2/4) من القانون ذاته على ما يأتي: (يصدر مجلس الوزراء الأنظمة اللازمة لتنفذ أحكام هذا القانون بما في ذلك:

1- ....

2- الإجراءات المتعلقة بإصدار شهادات التوثيق والجهة المختصة بذلك والرسوم التي تم استيفاؤها لهذه الغاية)[2].

(1) انظر في ذلك نص المادتين (4) و(23) من القانون المشار إليه.

(2) لم تصدر الأنظمة المنوه عنها بهذه المادة ونأمل من المشرع الأردني العمل على إصدارها في القريب العاجل.

وعليه، لا بد من بيان ماهية شهادات التوثيق التي تصدرها هذه الجهات، وبيان مسؤولية هذه الجهات.

وتعرّف شهادة التوثيق بأنها الشهادة التي تصدرها جهات التوثيق المرخص لها من قبل الجهات المسؤولة في الدولة، لتشهد بأن التوقيع الإلكتروني هو توقيع صحيح ينسب إلى مصدره، ويستوفي الشروط والضوابط المطلوبة فيه، باعتباره دليل إثبات يعوّل عليه. كما يستطيع المتعاقد عن طريق شهادة التوثيق الإلكتروني التعرف بصورة حقيقية ودقيقة إلى أهلية المتعاقد اللازمة لإبرام العقد. (أبو الليل، ص:183).

وقد عرّف المشرع الأردني هذه الشهادة في المادة (2) بأنها: (الشهادة التي تصدر عن جهة مختصة مرخصة أو معتمدة لإثبات نسبة توقيع إلكتروني إلى شخص معين، استناداً إلى إجراءات توثيق معتمدة).

ويلزم أن تتضمن شهادة التوثيق البيانات الآتية[1]:

- هوية صاحب الشهادة.
- هوية الشخص الذي أصدرها وإمضاؤه الإلكتروني.
- عناصر التدقيق في إمضاء صاحب الشهادة.
- المدة التي تصلح فيها الشهادة.
- المجالات التي تستعمل فيها الشهادة.

يلقى على عاتق مُصدّر شهادات التصديق مسؤولية عن صحة البيانات والمعلومات المتضمنة في شهادة التصديق الصادرة عنه، فهو يضمن صحة التوقيعات الواردة فيها، ومن ثم يمكن لأي صاحب مصلحة الاعتماد عليها، والدخول في معاملة إلكترونية ترتب آثاراً قانونية في حقه، يستوي أن تكون تلك المسؤولية عقدية أو تقصيرية.

(1) انظر في البيانات التي تضمنتها شهادة التوثيق (نصر، ص:449، 450).

أ- *المسؤولية العقدية*[1]:

تقوم المسؤولية العقدية على شرطين، هما: وجود عقد صحيح بين الدائن والمدين، وأن يكون الضرر ناشئاً عن عدم تنفيذ العقد.

وبناء على تحقق شروط المسؤولية العقدية، يترتب على مُصدّر شهادات التصديق الالتزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً بذلك عناية، فهو ملزم بإصدار شهادة توثيق صحيحة، فإذا ثبت إخلال مزوّد الخدمة بالتزامه، فإنه يكون مسؤولاً عن التعويض عن الضرر الذي حدث في نطاق العقد (حجازي، 294).

ب- *المسؤولية التقصيرية*[2]:

تقوم المسؤولية التقصيرية على أركان ثلاثة، وهي: الفعل (غير المشروع) والضرر، والعلاقة السببية بينهما.

ويسأل مصدّر شهادات التصديق إذا أصدر شهادة إلكترونية اعتمد عليها غيره، وسبب ذلك ضرراً لهذا الغير مصدره استعمال هذه الشهادة، وتستطيع الجهة مقدمة خدمة التصديق للشهادات نفي المسؤولية عن نفسها في حالات محددة، هي:

الحالة الأولى: التقيد بنطاق ومدى المسؤولية، يتحقق ذلك عندما يدرج مزوّد الخدمة بياناً يقيد مدى مسؤوليته ونطاقها قبل أي شخص له علاقة بالشهادة، وهذا الإعفاء لا خلاف عليه طالما تمَّ الاتفاق عليه.

الحالة الثانية: السبب الأجنبي، وفي هذه الحالة لا يسأل مصدر شهادات التصديق إذا ما استطاع إثبات أن الضرر كان لسبب أجنبي لا يد له فيه.

---

(1) انظر في أحكام المسؤولية العقدية (سلطان ص: 285، 286)

(2) انظر في أحكام المسؤولية التقصيرية (السرحان، خاطر، ص:368 ـ 512).

الفئة الثانية: الوسائل غير المباشرة

للوسائل غير المباشرة قيمة كبيرة لا تقل عن تلك الوسائل المباشرة، كما أن استعراضاً بسيطاً للمواقع الإلكترونية يتبين منه أن الوسائل غير المباشرة هي الأكثر استخداماً في الوقت الحاضر، ويلاحظ أيضاً أنها وسائل فنية أكثر منها قانونية. وتتنوع هذه الوسائل إلى ما يأتي:

1- نموذج بيانات المستخدم:

تعدّ هذه الوسائل من أكثر الوسائل استخداماً في الوقت الحالي، تمارس عن طريق وضع تحذيرات على الإنترنت تنبه إلى عدم الدخول إلى موقع الإنترنت، إلا من قبل شخص يتمتّع بالأهلية القانونية، أو يلزم هذا الشخص قبل الدخول إلى الموقع بتعبئة نموذج البطاقة الشخصية الذي يفصح فيه الشخص المستخدم للشبكة عن بلوغه الأهلية القانونية، وعمره، وجنسيته، ومحل إقامته، ومهنته وموضوع رسالته. وبعد تعبئة النموذج يستطيع المستخدم دخول الموقع، وإبرام العقد، وبغير ذلك يحظر عليه الدخول إلى الموقع[1]، ويعاب على هذا الأسلوب أنه لا يحمي المتعاقد الآخر من خداع الراغب في التعاقد إذا ما أدلى بيانات كاذبة مخالفة للحقيقة، بشأن أهليته وتاريخ ميلاده وعمره (بهجت، ص: 89).

2- تقنية الجدار الناري أو حاجز النار:

هي تقنية متطورة لديها القدرة على تصميم شبكة صعبة الاختراق وأنظمة فعالة، لكشف عمليات التسلل غير الشرعي عن طريق إرسال رسالة تحذيرية عن اختراق القراصنة لشبكة الإنترنت، وهذه التقنية لها قدرة فائقة على التعرف إلى هوية المستخدمين أو المتعاملين من خلال كلمة السر أو البطاقات الذكية أو هما معاً (حجازي، ص: 173).

---

(1) انظر في ذلك (ناصيف، 128).

3- المواقع الإلكترونية:

وفي ضوء ذلك، يتم تصميم الموقع الإلكتروني بشكل يلزم الطرف الذي يريد التعاقد بالكشف عن هويته والإفصاح عن عمره[1]، وفي حالة عدم الإفصاح لا يتم السماح له بالمضي قدماً في إبرام الصفقة التي يبتغيها.

4- نماذج العقود الإلكترونية:

بدأت العديد من المواقع الإلكترونية اللجوء إلى إعداد عقود نموذجية توضع على الموقع الإلكتروني وتكون خاصة به، ويتضمن مثل هذا العقد الأمور المطلوبة من الطرفين، ويجب أن تصاغ هذه العقود بشكل ملائم وبلغة سلسلة مفهومة. ويمكن لصاحب الموقع أن ينص على شروط تحدد هوية الطرف المتعاقد وأهليته، مثل عدم قبول التعاقد لمن يقل عمره عن سن الرشد، ولكن يجب أن يلفت المزود أو المنتج انتباه الزبون أو المستخدم إلى ضرورة قراءة النماذج قبيل إبداء الرغبة في التعاقد، فإذا لم يفعل ذلك فلا يلومنّ إلا نفسه، وعلى أية حال، فإن نظر الأمر متروك برمته إلى القضاء الذي سوف يقول كلمته[2].

ويتم إعداد هذه العقود بالاستعانة بالعقود النموذجية التي أعد بعضها المشرعون على النطاق الدولي والوطني؛ بغية إيجاد تنظيم مسبق لإجراء المعاملات

---

(1) استقر الفقه والقضاء على أن لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تفسير العقود والشروط والقيود المختلفة عليها، بما تراه أو بالمقصود في العقد مستعينة في ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها، ولها بهذه السلطة أن تعدل من المدلول الظاهر إلى خلافه بشرط بيان أسباب ذلك، ليتسنى لمحكمة التمييز بسط رقابتها على ما إذا كانت قد أخذت في تفسيرها باعتبارها معقولة.

(انظر في ذلك قرار محكمة التمييز رقم (2001/1448) مجلة نقابة المحامين لسنة 2010 العدد (10) صفحة (2.39) وكذلك القرار رقم (2003/62) مجلة نقابة المحامين لسنة 2004 العدد (غير مذكور) صفحة (886).

(2) انظر تفصيل ذلك (الشريفات، ص: 66) (علوان: 242).

عبر الإنترنت، أو أية وسيلة مماثلة كالعقد النموذجي الفرنسي[1] وكذلك مشروع العقد النموذجي للمعاملات الإلكترونية الذي تم إعداده من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسترال).

ولا يخلو هذا الأسلوب من محاذير كما هو الأمر فيما لو قام المستخدم بوضع بيانات تخالف الحقيقة بشأن أهليته. من هنا، يرى جانب منه شرّاح القانون أن الأدقّ أن لا يسمح التعاقد إلكترونياً إلا عبر موقع خاص لذلك لا يمكن ولوجه إلا للمشتركين به فقط، بمقتضى مفتاح مرور في حوزتهم وحدهم، ولا يقبل الاشتراك السابق بالموقع إلا لمن بلغ سن الرشد، وسجل لدى مقدّم الخدمة الإلكترونية على الموقع كل بياناته التي تظهر تلقائياً عليه بصفحة البيانات الخاصة للمتعاقد كالنموذج الإلكتروني للعقد، ولا يسمح بذلك لغير المشتركين البالغين سن الرشد استعماله مما يحول دون العبث الإلكتروني من غير المتعاقد من القصر، أو الذين لهم عارض، أو مانع للأهلية[2].

ويرى الباحث على الرغم من وجاهة الرأي أعلاه، إلا أنه لا يمكن الأخذ به من الناحية العملية ذلك أنه يؤدي إلى تقيد التجارة الإلكترونية وحصرها في الأشخاص المسجلين لدى مقدمي الخدمة، يضاف إلى ذلك أن استخدام هذا الأسلوب سيؤدي إلى إرهاق مستخدمي الإنترنت، من خلال إلزامهم بالتسجيل لكل المواقع الإلكترونية التي يرغبون بالاطلاع على مضامينها، دون إبرام عقود قد لا تناسب رغباتهم.

وخلاصة القول: إن الوسائل المباشرة أو غير المباشرة ليست بمنأى عن العبث

---

(1) تم إعداد هذا العقد من الاتحاد الفرنسي للتجارة التبادلية غرفة التجارة والصناعة في باريس، تشرين أول 1998.

(2) انظر في هذا الرأي (بهجت، ص: 89).

وهي كذلك ما دام العقل البشري في تفكير مستمر ونشط لإيجاد وسائل غير مشروعة لتحقيق غاياته. ويرى الباحث من خلال الاطلاع على القوانين الناظمة للتجارة والمعاملات الإلكترونية، أن التطبيق السليم لهذه القوانين وفي الجانب المتعلق بإرسال رسالة المعلومات سيؤدي بالضرورة إلى التأكد من أهلية المتعاقد، والتعبير عن إرادته إلكترونياً من خلال رسالة المعلومات وتكون ملزمة للمنشئ. سواء صدرت عنه، أو من خلال وسيط إلكتروني نيابة عنه[1]. وعليه، فإن التوقيع الإلكتروني للمنشئ هو تعبير عن الإرادة الحقيقية، ويدل على شخصية المتعاقد ويؤكدها.

من هنا، لا بدّ من إلقاء الضوء على وسيلة تم إيجادها للوصول إلى استقرار التعامل الإلكتروني، يتم من خلالها التثبّت من شخصية المتعاقدين، وتتمثل هذه الوسيلة في التوقيع الإلكتروني.

ونحاول فيما يأتي إلقاء الضوء على التوقيع الإلكتروني باعتباره وسيلة يتم من خلالها التثبّت من شخصية المتعاقد، دون الدخول في البحث في الجوانب الأخرى لهذا التوقيع المتمثلة في حجية هذا التوقيع، الذي لا مجال في هذه الدراسة لبحثها.

الفئة الثالثة: التوقيع الإلكتروني

ظهرت تقنية التوقيع الإلكتروني في عالم الإنترنت باعتبارها وسيلة مساعدة في تحديد هوية المتعاقد، ودخلت مجالات المعاملات الإلكترونية المختلفة على شبكة الإنترنت، حتى أن التوقيع الإلكتروني أصبح يعد من البيانات الأساسية المطلوبة لإنشاء أي بريد إلكتروني، وللتعرف إلى دور التوقيع

---

(1) انظر فيما تقدم من هذه الأطروحة إنشاء رسائل المعلومات وإسنادها (ص: 83 ـ 101).

الإلكتروني في تحديد هوية المتعاقدين، نعرض فيما يأتي لماهيّة التوقيع الإلكتروني ومجالات استخدام التوقيع الإلكتروني، وصور التوقيع الإلكتروني.

1- ماهية التوقيع الإلكتروني:

التوقيع بوجه عام هو وسيلة يعبر بها أحد الأشخاص عن إرادته في الالتزام بتصرف قانوني معين.

ويعرف التوقيع الإلكتروني بأنه: (مجموعة من الإجراءات أو الوسائل التقنية التي يتيح استخدامها عن طريق الرموز، أو الأرقام أو الشيفرات لإخراج علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة إلكترونياً) (شرف الدين، ص: 38).

وقد عرف المشرّع الأردني التوقيع الإلكتروني في المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية بأنه: (البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، وتكون مدرجة في شكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي، أو أية وسيلة مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها، ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها، ويميّز عن غيره من أجل توقيعه وبغرض الموافقة على مضمونه).

ويلاحظ على تعريف المشرّع الأردني للتوقيع الإلكتروني أنه يركز على ضرورة قيام التوقيع بالوظائف التقليدية التي يقوم بها التوقيع التقليدي، من حيث تمييز هوية الشخص الموقع. (دوين، ص: 246).

وما يهمنا في هذا الجانب أن المهمة الأساسيّة التي يضطلع بها التوقيع الإلكتروني في تمييز شخصية صاحبه، وتحديد هويته، والتعبير عن قبوله بمضمون التصرف القانوني، فهو بذلك يشكل وسيلة من وسائل تحديد هوية المتعاقدين.

2- مجالات استخدام التوقيع الإلكتروني[1]:

أ. **الحكومة الإلكترونية:** تشمل المعاملات الإدارية للحكومة وخدمات المواطنين بشكل عام، إذ يضفي توقيع الموظف القومي على المحررات الإلكترونية صفة المحررات الرسمية، ويستهدف ذلك رفع كفاءة العمل الإداري، والارتقاء بمستوى أداء الخدمات الحكومية، بما يتفق وإيقاع العصر.

ب. **المعاملات التجارية الإلكترونية:** تشمل كل معاملة ذات طابع تجاري في مجالات التعامل المختلفة قبل البيوع كحجز تذاكر السفر، والفنادق... وغيرها.

ج. **المعاملات المدنية:** تشمل كل معاملة إلكترونية مدنية الطابع، سواء أكان ذلك بالنظر إلى طرفيها، أو أحد أطرافها.

3- صور التوقيع الإلكتروني:

أ- ***التوقيع الرقمي:***

يعرف بأنه وحدة قصيرة من البيانات التي تحمل علاقة رياضية مع البيانات المتضمنة في محتوى الوثيقة **(Wrght,1999, p: 67)**.

ويتم باستخدام اللوغارتيمات بتحويل المحرر المكتوب من نمط الكتابة العادية إلى معادلة رياضية وتحويل التوقيع إلى أرقام.

وتتضمن هذه الصورة تحديد هوية أطراف العقد تحديداً مميزاً لهم عن غيرهم من الأشخاص (ناصيف، ص:242) ويقسم التوقيع الرقمي إلى نوعين، هما:

النوع الأول: التوقيع باستخدام مفتاح تشفير واحد، ويعتمد هذا النوع على تشفير الرسالة وفك الشيفرة بمفتاح واحد، إذ إنّ مرسل الرسالة الإلكترونية

---

(1) انظر في تفصيل مجالات استخدام التوقيع الإلكتروني (إبراهيم، ص:22).

يقوم بعد إعدادها على الكمبيوتر بتشفيرها من خلال مفتاح تشفير، ثم يتم إرسالها إلى المرسل إليه حتى يستطيع فك شيفرة الرسالة، وتحويلها إلى صورة غير مشفرة من أجل قراءتها، والوقوف على محتواها، والتأكد من شخص مرسلها ولا يستطيع احد غير المرسل والمرسل إليه قراءة الرسالة (المطلق، ص:76).

النوع الثاني: التوقيع باستخدام المفتاح العام والخاص، فالمفتاح الأول معروف للجميع، والمفتاح الثاني يخص الذي يحتفظ به سراً، ويقوم بتشفير الرسالة عن طريقه (برهم، ص: 174).

ويقوم من يرغب في إنشاء توقيع إلكتروني رقمي بالحصول على زوج من المفاتيح من جهات مختصة، وأحد هذه المفاتيح هو المفتاح الخاص، ولا يستخدمه إلاّ صاحب التوقيع لتشفير رسائل المعلومات، ويتم الاحتفاظ به مشفّراً ومحمياً بكلمة سر داخل كمبيوتر الشخص صاحب التوقيع والمفتاح الآخر عام يتم توزيعه على الأشخاص الذين يتعامل معهم الموقع (الشريفات، ص:193).

ب- *التوقيع بالقلم الإلكتروني:*

يتمثل ذلك في نقل التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي، ثم تخزينه في الحاسوب، وبعد ذلك يتم نقل الصورة إلى الملف أو العقد الذي يراد إضافة التوقيع إليه، أو يقوم الشخص المراد توثيق توقيعه بكتابة توقيعه الذي يحدده هو على شاشة الحاسب الآلي بعد تأكد الشخص من توقيعه المحفوظ لديه (يونس، 563).

وتوصف هذه الطريقة بأنها: محفوفة بالمخاطر، ويصعب أحياناً نسبة الرسالة الإلكترونية إلى موقعها، ويمكن حل هذه المشكلة بالتشفير (إبراهيم، 217).

ج- *التوقيع باستخدام البطاقة بالرقم السري:*

تعد هذه الطريقة الأكثر شيوعاً بين الناس، وقد تطورت هذه الآلية في قطاع المصارف مما يسمح للجمهور بالدخول إلى الصراف الآلي للمصارف، كذلك نقاط البيع التي تتبع آلية الدفع الإلكتروني، وتقوم هذه الوسيلة تقنياً على إدخال بطاقة ذات خطوط دائرية مغناطيسية، أو مزودة بـ (Microprocessor) في آلة مناسبة (الصراف الآلي)، أو ماكنة السحب اليدوية المتوافرة في محطات التسوق، وتأليف رقم سري (شخصي بشكل صارم) وممثل بشكل عام بالرمز الذي يعرف الشخصية، وذلك بوساطة الملامس (سكري، ص: 120، 121).

د- *التوقيع باستخدام الخواص الذاتية:*

يتم ذلك باستخدام طرق التحقق من الشخصية التي تعتمد على الخواص الفيزيائية والطبيعية والسلوكية للأفراد، ومنها البصمة الشخصية، ومسح العين البشرية، والتعرف على الوجه البشري، وخواص اليد، والتحقق من نبرة الصوت، والتوقيع الشخصي[1].

هـ- *التوقيع بالضغط على مربع الموافقة:*

كثيراً ما يحدث في العقود الإلكترونية أن تتم الموافقة عن طريق النقر على زر الموافقة في المكان المخصص لذلك بلوحة الكمبيوتر، أو بالضغط على الخانة المخصصة للقبول في نموذج العقد المعروض على الشاشة، وزيادة في التأكيد قد يطلب من العميل أن يضغط مرتين للتأكيد.

---

(1) انظر في ذلك (العيسى، د،ت) بحث بعنوان حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات متاح على الموقع www.nanadilaw.com/topics.php?topic=14 تاريخ ووقت الزيارة 2012/4/21، 4:00 صباحاً.

ولا تعد هذه الطريقة في حد ذاتها توقيعاً يكتسب به المحرر العناصر اللازمة؛ باعتباره دليلاً كاملاً (إبراهيم، 201).

ثالثاً: أثر اختلاف التشريعات على الأهلية في التعاقد الإلكتروني والقانون الواجب التطبيق على الأهلية

تناولنا فيما سبق مسألة التعاقد مع القاصر، وعمدنا إلى قصر ذلك البحث على معالجة التعاقد الإلكتروني الذي يكون أحد أطرافه قاصر (ناقص الأهلية)، ويكون هذا الطرف قد أخفى عدم كمال أهليته من باب العبث، أو لعدم تمكن الطرف الآخر من التحقق من كمال أهلية الطرف الآخر، وكل ذلك في إطار علاقات تعاقدية يقوم بين أفراد تجمعهم جنسية دولة واحدة.

يجد نقص الأهلية تطبيقاً آخر له، فقد يكون المتعاقد كامل الأهلية، غير أن اختلاف التشريعات بشأن تحديد سن الرشد قد يؤدي إلى ظهور مثل هذه الإشكالية، فقد يبرم شخص أردني يبلغ من العمر ثماني عشرة سنة (كامل الأهلية) عقداً مع شخص آخر مصري - مثلاً - عندها يعد الأردني قاصراً بالنسبة للقانون المصري، لا سيّما أن سنَّ الرشد وفق القانون المصري إحدى وعشرون سنة.

وقد يرتب اختلاف التشريعات في تنظيمها لمسائل الأهلية أن يكون أحد طرفي العقد أو كلاهما ناقص الأهلية في نظر قانون الدولة الأخرى، على الرغم من أنه يكون كامل الأهلية في نظر قانون دولته، أو العكس.

عالج المشرّع الأردني هذه المسالة بنص المادة (1/12) من القانون المدني التي نصت على أنه: (يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها، مع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة وترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع إلى

سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته).

يتضح من النص أعلاه أن الأهلية ـ ويقصد هنا أهلية الأداء المطلوبة لإبرام التعاقد الإلكتروني ـ تخضع إلى قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته.

وإذا كان هنالك نزاع حول أهلية الأداء الخاصة بمواطن أردني في صدد منازعة تتعلق بعقد دولي أو أي تصرف مالي آخر، فإنّ القانون الأردني يطبق على النزاع.

وعلى ذلك، فإن قانون جنسية الشخص هو الذي يحدد السن اللازم لاكتمال الأهلية، ومعرفة ما إذا كان الشخص صبياً مميزاً أو بالغاً رشيداً، أو ناقص الأهلية أو عديمها بسبب عاهات العقل والجسد. كما يحدد هذا القانون الجزاء المترتب على مباشرة ناقص الأهلية لتصرفات معينة، من حيث صحة التصرفات أو بطلانها. ونوع هذا البطلان (المطر، ص: 209).

والحكم القانوني هذا غير مطلق، إذ وضع المشرّع الأردني استثناءً مهماً على قاعدة خضوع الأهلية إلى قانون الجنسية، مؤداه خضوع الأهلية إلى القانون الأردني إذا كان سبب نقص أهلية الأجنبيّ فيه خفاء، لا يسهل تبينه عند إبرام العقد معه.

وقد جاء في المذكرة الإيضاحية على المادة أعلاه: (هذا وقد تضمنت الفقرة الأولى استثناء يتعلق بالأهلية، مؤداه أن الأجنبي الذي يعقد تصرفاً مالياً لا يكون أهلاً للالتزام به وفقاً لقانون جنسيته يعدّ أهلاً لذلك متى كان هذا هو حكم القانون الأردني فيما يتعلق بالوطنيين. وقد ارتأى أن يتضمن المشروع هذا الحكم الاستثنائي، لأن من الصعب على من يتعامل مع أحد الأجانب أن يكون ملماً

بالقواعد المتعلقة بالأهلية، وبوجه خاص متى كان مظهره لا يدع محلاً للشك في كمال أهليته).

وعليه: فإن إعمال الاستثناء الوارد في هذه المادة يتطلب توافر الشروط الآتية مجتمعة، وهي[1]:

1- أن يكون أحد المتعاقدين أردنيَّ الجنسية.

2- أن يكون بالغاً سنّ الرشد.

3- حسن النية لا يعلم شيئاً عن أهلية العربي، أو الأجنبي المتعاقد معه.

4- أن يكون العقد قد تمّ في المملكة.

5- أن تكون آثار العقد أو تنفيذه في المملكة.

6- نظراً لأن العربيّ أو الأجنبي بالغ سنَّ الرشد وفق القانون الأردني، وقاصر وفق قانونه الوطني.

7- هنالك محل خفاء في مظهره المادي وظروف التعاقد، بحيث أعطيت انتباهاً بأنه بالغ سن الرشد.

8- لا يمكن لطرف الأردني معرفة هذا الخفاء، وذلك من ظروف العقد.

وتقرر الاستثناء المنوّه عنه بشكل صريح في حكم شهير لمحكمة النقض الفرنسية في قضية مواطن مكسيكي يعرف باسم (اليزاردي)، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن شاباً مكسيكياً يبلغ من العمر 23 عاماً عاش في فرنسا عيشة بذخ وترف، واشترى مجوهرات بما قيمته ثمانين ألف فرنك فرنسي، وحرر بها سندات أذنية، فلما طالبه بائع المجوهرات بالثمن دفع الشاب المكسيكي بالبطلان؛ لأنه قاصر وفق أحكام القانون المكسيكي (وهو القانون الواجب التطبيق طبقاً لقاعدة الإسناد الفرنسية) إذ يحدد هذا القانون سن الرشد خمساً

(1) انظر في تفصيل هذه الشروط (عبد الكريم، 2005، ص: 186).

وعشرين سنة، فقررت محكمة الموضوع وأيّدتها محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في 16 يناير 1861 استبعاد حكم القانون المكسيكي باعتباره قاصراً، فضلاً عن أن الشاب المكسيكي هو أهل وفق القانون الفرنسي الذي يحدد سن الرشد بإحدى وعشرين سنة وإلزامه بدفع المبلغ. وقالت محكمة النقض أنه لا يجوز إبطال هذه السندات، لأن التجار الفرنسيين لا يعرفون أحكام القانون المكسيكي ولهم عذرهم في ذلك ، فقد خدعهم هذا الشاب المكسيكي إضراراً بمصالحهم وإضراراً بالمصلحة الوطنية، ثم أردفت (وبما أنه في مثل هذه الحالة، لا يمكن أن يلزم الفرنسي بمعرفة قوانين الدول المختلفة ونصوصها المتعلقة بالقصور وبالبلوغ، وأنه يكفي إذن لصحة العقد أن يتعاقد الفرنسي عن استحقاق دون علم احتياط وبحسن نية). ولقد أحدث هذا الحكم دوياً في الأوساط القانونية، واستند إليه بعض القضاة في الدول الأخرى. (مطلق، ص:191).

وأسس الرأي الراجح في الفقه هذا الاستثناء من الناحية القانونية على مبدأ الجهل المفتقر بالقانون الأجنبي (عبد الكريم، 1987، ص:365).

وخلاصة القول: إن اختلاف التشريعات بشأن الأهلية اللازمة لصحة العقد بوجه عام والعقد الإلكتروني بشكل خاص، وقد يترتب عليه أن يكون أحد المتعاقدين قاصراً في قانون دولته وكامل الأهلية في قانون دولة المتعاقد الآخر، الأمر الذي يترتب عليه النزاع حول صحة العقد أو قابليته للإبطال، وأن هذه المشكلة تجد حلّها في تطبيق أحكام تنازع القوانين بشأن الأهلية المشار إليها، ويستطيع من تعاقد مع ناقص الأهلية بحسن نية أن يرجع على أساس المسؤولية التقصيرية للمطالبة بالتعويض عما لحق من ضرر، نتيجة ذلك التعاقد إذا ما توافرت شروط تلك المسؤولية[1].

---

(1) انظر في ذلك (المنزلاوي، 2006، ص: 383).

رابعاً: عيوب الإرادة في التعاقد الإلكتروني

تمهيد وتقسيم:

المقرر وفق القواعد العامة أنه يجب لإتمام العقد وجود إرادتين متطابقتين أي إيجاب معين وقبول مطابق له عن تراضٍ صحيح، ويتحقق التراضي إذا كانت إرادة كل من العاقدين صادرة من ذي أهلية وخالية من العيوب، وإلاّ أصبح العقد قابلاً للإبطال.

إذ تتأثر القوة الملزمة للعقد بعيوب الإرادة التي حصرتها التشريعات المدنية العربية وغيرها في ثلاثة عيوب أو أربعة[1][2].

وجاء الأخذ بعيوب الإرادة لحماية التعاقد وضمان استقرار التعامل، ومنع إضعاف القوة الملزمة للعقد (خاطر، ص:18) (Dlonne- BAIZ, p 350).

ويرى جانب آخر من شراح القانون في أن العقود الإلكترونية قليلة التأثر بعيوب الإرادة؛ لأنّ العقدَ الإلكتروني يسمح للمتعاقد بإعادة المتعاقد إلى الحالة التي كنا عليها قبل التعاقد، دون الحاجة إلى المطالبة بالبطلان، فما أسهل أن يخطر المتعاقد الآخر برجوعه في العقد الإلكتروني، لكي يتخلص من العقد وتبعاته، دونما حاجة إلى اللجوء إلى القضاء، مطالباً إبطال العقد لعيب شاب إرادته (مجاهد، ص: 112).

ويرى الباحث أن العقد الإلكتروني - وإن كان يتمتع بحماية المستهلك - إلا أن طبيعة هذا العقد، ولأنه من العقود المبرمة عن بعد من ناحية وظهور طائفة جديدة من العقود تتميز باختلال التوازن في المراكز العقدية؛ بسبب عدم المساواة في العلم أو في القوة الاقتصادية والفنية لكل من المتعاقدين، ومن ناحية أخرى

(1) انظر المواد (125 ـ 130) من القانون المدني المصري.

(2) انظر المواد (135 ـ 156) من القانون المدني الأردني.

تجعل من أمر الرجوع في التعاقد برغبة أحد العاقدين غير كافية لإيجاد ذلك التوازن، وتعويض العاقد عمّا قد يصيبه من ضرر متصوّر نتيجة لدخوله في علاقة تعاقدية بإرادة معيبة.

وبناء على ذلك؛ يرى الباحث أن أعمال تطبيق القواعد القانونية المرتبطة بعيوب الإرادة أولى من تلك الحماية المقررة قانوناً بحماية العاقد، بمنحه حقّ الرجوع في العقد.

وتأسيساً على ما تقدم؛ نعرض فيما يأتي لعيوب الإرادة من المنظور التقليدي لهذه العيوب، ومجال تطبيقها على العقود الإلكترونية، وفق التقسيم الآتي:

1- عيب الغلط.
2- عيب التغرير مع الغبن الفاحش.
3- عيب الإكراه.
4- الاستغلال.

1- عيب الغلط:

يعرف الغلط بأنه: حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع. وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها (السنهوري، ص: **289**).

وقد عرفت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني الغلط بأنه: (حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع بأن تكون هنالك واقعة غير صحيحة، يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها)[1].

ويشمل الغلط بهذا المعنى كل أنواع الغلط، ولا يقصر على الغلط باعتباره

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني/ الجزء الأول، ص: 142، 143.

عيباً من عيوب الإرادة، فليس كل وهم يقوم في ذهن المتعاقد، يؤدي إلى إبطال العقد. لذا، يجب التمييز بين أنواع الغلط، وهي:

أ- الغلط المانع أو الحائل:

هو الغلط الذي يؤثر في وجود أحد أركان العقد فيجعله باطلاً أو يمنع انعقاده (سعد، قاسم، ص:57) حيث نصت المادة (152) من القانون المدني الأردني على هذا النوع من الغلط، وقد جاء فيها (إذا وقع الغلط في ماهيّة العقد، أو في شرط من شروط الانعقاد، أو في المحل بطل العقد).

وتدخل في الغلط المانع ثلاث حالات وفق نص المادة أعلاه، هي: الغلط في ماهية العقد، الغلط في شروط العقد - يعرف بالغلط في السبب المنشئ للالتزام[1] - والغلط في وجود المحل، ويجمع بين الحالات الثلاث أنه لم يتمّ توافق الإيجاب والقبول، ومن الأمثلة عليه أن يصدر الإيجاب من أحد العاقدين بقصد إنشاء عقد بيع وأخطأ الآخر في فهمه واعتقد أنَّ العقد عقد هبة (الفار، ص: 75).

والغلط المانع لا يعد من عيوب الإرادة بل يعدمها، وكذلك العقد (سعد، قاسم، ص:57).

ب- الغلط الذي يعيب الرضى[2]:

يتوافر رضى الطرفين بالعقد، ولكن هذا العقد لا يكون صحيحاً بسبب قيام غلط، بحيث لو علم من وقع الغلط الحقيقة ما أقدم على التعاقد. فالغلط هنا، لا يعدم الرضا، ولكنه يعيبه (فرج، ص: 121).

(1) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني/ الجزء الأول، ص:145.

(2) انظر في ذلك نص المادة (153) من القانون المدني الأردني.

ويشترط في الغلط المعيب للرضى شرطان، هما:

1- جوهرية الغلط: هو الغلط الدافع إلى التعاقد، أي هو الذي حمل المتعاقد الواقع فيه على إبرام العقد، بحيث لولا وقوعه في هذا الغلط ما كان ليبرم العقد (فرج، ص:58)، ومثال ذلك إذا بيعت أرض على أنها متصلة بالطريق العام، أو يمكن البناء عليها، واتضح غير ذلك (السرحان، خاطر، ص: 136).

2- اتصال المتعاقد الآخر بالغلط: حماية للمتعاقد الآخر، وضماناً لاستقرار المعاملات أوجب المشرّع للأخذ بالغلط، باعتباره عيباً من عيوب الإرادة، اتصال المتعاقد الآخر بالغلط، ويكون ذلك الاتصال بأن يقع المتعاقدان معاً في الغلط؛ فيكون الغلط مشتركاً، ومثاله أن يعتقد المشتري أنه يشتري شيئاً أثرياً ويعتقد البائع الشيء نفسه، بينما الشيء في حقيقته تقليدي، وليس أثرياً (سعد، قاسم، ص: 60).

ولا يمس الغلط المعيب لرضى وجود الإرادة لكنه يعيبها، فهو لا يمنع وجود العقد صحيحاً، وإنما يكون من شأنه فقط أن يجعل العقد موقوفاً على إجازة العاقد[1].

ج- الغلط غير المؤثر:

هو الغلط الذي لا يؤثر في صحة العقد، ولا يفسد الرضا. وهذا الغلط يكون في حالات معينة هي الغلط في صفة غير جوهرية في الشيء محل الالتزام، والغلط في شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار في العقد، والغلط في قيمة الشيء المعقود عليه، والغلط في الباعث. (سلطان، ص:88).

(1) انظر في ذلك نص المادة (153) من القانون المدني الأردني.

وما يعنينا في هذه الدراسة الغلط الذي يعيب الرضا، فما أثر ذلك الغلط في مجال العقود الإلكترونية؟

ويمكن تصور حدوث الغلط في التعاقد الإلكتروني، فمثلاً قد يتوهم أحد المتعاقدين أن الطرف الآخر معروف لديه، فالذي يقدم منتجات تصنع بطريقة يدوية مثلاً ويرغب في التعاقد معه لمهارته وخبرته، ثم يتضح أن المتعامل معه شخص غير معروف لتشابه الأسماء أو لتشابه موقع الويب الذي يعرض السلعة نفسها منها، يمكنه طلب فسخ العقد (إبراهيم، ص: 144).

ويبدو ـ لأول وهلة ـ عدم الأهمية العملية؛ باعتبار الغلط عيباً للإرادة في العقود الإلكترونية، ذلك أن من حق المشتري إرجاع المنتج، استناداً إلى حق الرجوع المقرر للمستهلك في هذا النوع من العقود، دون الحاجة لإثبات الغلط.

يذهب الباحث إلى ما ذهب إليه جانب من شرّاح القانون[1] من أهمية الإستناد إلى الغلط بوصفه عيباً من عيوب الإرادة؛ لما يوفره هذا الإسناد من أعباء مالية على المشتري، إذ إنّ المشتري إذا ما طالب بفسخ العقد بالاستناد إلى هذا العيب، لن يتحمل مصروفات النقل التي سيتحملها فيما إذا طالب بالاستناد إلى حق الرجوع الممنوح له في هذا النوع من العقود وهذا فيه توفير كبير على المشتري[2]، يضاف إلى ذلك أن صفة عدم الخبرة، أو عدم الاحتراف في المعاملات الإلكترونية تعدّ عنصراً جوهرياً في قبول ادّعاء المتعاقد الوقوع في غلط جوهري، خاصّة في الأشياء الفنية ذات التكنولوجيا المتطورة، مثل برامج الحاسب الآلي.

(1) انظر في ذلك قرار محكمة تمييز حقوق رقم 1999/903 المنشور على الصفحة رقم 298 من مجلة نقابة المحامين لسنة 2001 الذي جاء فيه (أجازت المادة 153 من القانون المدني للمتعاقد الذي يدعي الوقوع بغلط في أمر غير مرغوب فيه في العقد، أو وجود صفة في مجلة، أو في المتعاقد ذاته، أو صفة فيه. ووفقاً للشروط الواردة في المادة (151) من القانون ذاته أن يطلب فسخ العقد).

(2) انظر في ذلك (منصور، ص:61).

ولا يضرّ هذا الرأي - من جهة نظر الباحث - أن الغلط في التعاقد الإلكتروني قد يقع بسبب نقص في البيانات محلّ العرض المقدّم في ضوء إلزام التوجه الأوروبي رقم (2000/31) بشأن التجارة الإلكترونية في المادة (11) مقدمي الخدمات بأن يقوموا بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل الدقيق، وأن يقوموا بإبلاغه بذلك بوسائل مناسبة وفعّالة وسهلة البلوغ على نحو يمكّنه من فهم المعطيات الإلكترونية؛ مما يكفل عدم وقوع العميل في غلط، ذلك أنه يصعب إثبات أن العرض ناقص، كما أن هذا العرض المقدم عبر شبكة الإنترنت - مثلاً - قد يتم تغييره.

2- عيب التغرير مع الغبن الفاحش (التدليس)[1]:

يجري عادة في مرحلة المفاوضات السابقة لانعقاد العقد أن يتبادل كلا طرفي العقد المناقشات والتصريحات، بنيّة حث أحدهما للآخر وتشجيعهما على إبرام العقد، إلا أنّه ليس كل ما يصرح به الطرفان يكون صحيحاً وصادقاً، بل قد يلجأ أحدهما إلى الحيلة والخداع؛ ليوقع الطرف الآخر في وهم يدفعه إلى إبرام العقد، ومثال ذلك أن يوهم البائع المشتري الذي يرغب في الشراء أن المنزل الذي ينوي بيعه ذو أجرة مرتفعة حتى يحمله على شرائه بثمن مرتفع أو تقترن الطرق التي يستخدمها المغرر غالباً بالكذب، وقد لا يكتفي بمجرد الكذب، فيقدم مستنداً أو عقد إيجار مزوّر يثبت ادّعاءه من أجل إيهام الطرف الآخر بغير الحقيقة (عبيدات، ص:118).

وعرّف المشرّع الأردني التغرير بالمادة (143) من القانون المدني الأردني بأنه: (أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية أو فعلية تحمله على الرضا، بما لم يكن ليرضى به بغيرها).

---

(1) يطلق القانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي تسمية (التدليس) على التغرير وأصل تلك التسمية مأخوذة من الفقه الإسلامي، فقد عرف عند المذهب المالكي بتلك التسمية.

ويذهب جانب من شراح القانون إلى الاعتقاد بأن التغرير هو صورة من صور الغلط طالما أنه يؤدي بالنتيجة إلى توهّم أحد المتعاقدين غير الواقع[1]، إلا أن الباحث يذهب وفق ما ذهب إليه آخرون[2] من أن نظرية التعزيز لها أهميتها، ولا تغني.. عنها نظرية الغلط، ذلك أنه على الرغم من اتفاق الغلط مع التدليس في أن العاقد في كل منهما يقع في وهم يحمله على التعاقد، إلا أنهما يختلفان في أن الوهم في حالة الغلط يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه، في حين أن التدليس يتطلب قيام أحد المتعاقدين بإيهام الآخر بوسائل احتيالية، بحيث إنها لو لم تقع لما قام بالتعاقد.

ويشترط في التغرير ما يأتي:

الشرط الأول: استعمال وسائل احتيالية

يجب لتوافر التدليس استخدام طرق احتيالية بقصد إخفاء الحقيقة عن المتعاقد، وهذه الطرق غير محددة، فقد تكون باتخاذ مظاهر خارجية مادية مخالفة للحقيقة، كما لو انتحل شخص صفة كاذبة، وقد يتم التدليس بالكذب كما في حالة الإدلاء ببيانات كاذبة يعلم المتعاقد أهميتها للمتعاقد المدلس عليه (سعد، قاسم، ص:62).

ولا فرق فيما إذا كانت هذه الطرق الاحتيالية وقعت بموقف إيجابي أو سلبي، فإن النتيجة واحدة، والقاعدة أن مجرد الكذب لا يعد تغريراً قولياً إلا في العقود التي تقوم على الثقة والأمانة والصدق كعقود المرابحة، الوضعية والاشتراك والتولية (الفضل، ص:191).

(1) انظر في هذا الرأي (سلطان، ص:78)، (السرحان، خاطر، ص:148).

(2) انظر في هذا الرأي (الفار، ص:71)، (عبيدات، ص:118).

الشرط الثاني: أن تحمل هذه الطرق على التعاقد أو على قبول شروطه[1]

يلزم أن يكون التدليس هو الذي دفع المتعاقد إلى التعاقد، بحيث ما كان ليتعاقد لولا وجود الحيل التدليسية، وتقدير ذلك يعود إلى قاضي الموضوع، ومن ثمّ تخضع إلى رقابة محكمة التمييز.

الشرط الثالث: أن يؤدي التغرير إلى غبن فاحش

لا يكفي مجرد التغرير وإنما يتعين أن يتحقق في العقد غبن فاحش، حتى يعد عيباً من عيوب الرضا[2].

وقد عرف الغبن بأنه عيب يوجد في عقود المعاوضة، بحيث يكون أحد البدلين غير مكافئ للآخر في القيمة، ومثاله أن يعقد عقد بيع بثمن بخس، فيتضمن العقد في هذه الحالة غبناً بالبائع (الفار، ص:71).

ويتنوع الغبن إلى غبن يسير وهو ما كان داخلاً تحت تقويم المقومين، أي تقدير الخبراء للشيء محل العقد، فإذا بيع شيء بتسعين ديناراً وقوّمه أحد الخبراء بتسعين ديناراً وقومه آخر بثمانين ديناراً وآخر بمائة دينار، عُدّ الغبن يسيراً، لأن النقص ليس متحققاً، بل محتملاً فقط (سلطان، 84).

أما الغبن الفاحش؛ فهو وفق ما نصت عليه المادة (141) من القانون المدني الأردني في العقار وغيره (ما لا يدخل تحت تقوم المقومين). وعليه، فإن للغبن الفاحش ثلاثة شروط، هي[3]:

1- لا يمكن تصور الغبن الفاحش إلا في عقود المعاوضة المحددة، دون عقود التبرّع؛ لأن الأخيرة لا يأخذ فيها المتبرع مقابلاً لما يعطي.

(1) انظر تفصيل ذلك (فرج، ص:151).

(2) انظر نص المادة (145) من القانون المدني الأردني.

(3) انظر تفصيل ذلك (السرحان، خاطر، ص:156).

2- ينظر عند تقدير الغبن إلى التعادل بين التزامات الطرفين عند إبرام العقد.

3- لا يعد الغبن اليسير في العقود إلا استثناءً.

ونصّ المشرّع الأردني على حكم التغرير مع الغبن في المواد (143 ـ 150) وعدّ السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة تغريراً. والتغرير مع الغبن الفاحش وفق نص المادة (145) من القانون ذاته يجيز للعاقد فسخ العقد، وإذا وقع كل منهما مستقلاً لا يكون ذلك كافياً بوقوع الفسخ[1].

ولا يختلف التدليس في العقد التقليدي عن التدليس في التعاقد الإلكتروني، إذ يمكن تصوره في التعاقد الإلكتروني نتيجة للكذب في الإعلانات والدعايات الإلكترونية للمنتجات أو الخدمات، وأن المستهلك الإلكتروني لا يتمكن من معاينة الشيء المبيع كما في التعاقد التقليدي، وإنما يعاين الشيء من خلال شاشة الحاسب الآلي. ولذلك، يرى بعضهم أنه في حالة عقد البيع الإلكتروني إذا قام البائع بخداع المشتري عن طريق استخدام السبل التكنولوجية في عرض المنتج أو الخدمة؛ فإنه يجب إبطال العقد للغش. (العيش، ص: 79).

يمكن تصور تطبيقات جديدة للتدليس في التعاقد الإلكتروني، أهمها:

1- الإعلانات والدعاية الإلكترونية الخادعة للمنتجات والخدمات عبر شبكة الإنترنت (الزريقات، ص:173).

2- الكذب بتعمد نشر معلومات غير صحيحة، أو استعمال علامة تجارية أخرى؛ لترويج السلع المعروضة على الإنترنت (ابراهيم، ص:141).

(1) انظر تفصيل ذلك (منصور، ص:114).

3- كتمان بيانات مهمة عن المنتج المعروض على الشبكة (بهجت، ص:200).

4- إنشاء موقع إلكتروني وهمي على شبكة الإنترنت (الصمادي، ص:57).

وبناء على ما تقدم؛ فإن الكذب في الإعلانات والدعاية الإلكترونية للمنتجات والخدمات يدخل في نطاق التدليس طالما تجاوز الحد المألوف، وكان مؤثراً في إرادة المدلس عليه، ويعطي دافعاً لإبطال العقد لعيب في إرادته[1].

ويذهب الباحث مذهب جانب من شراح القانون[2] من وجوب الاكتفاء بالكذب، واعتباره طريقة احتيالية تبرر طلب فسخ العقد دون استلزام طرق احتيالية أخرى مصاحبة له، وذلك بالنظر إلى صعوبة استلزامها في ظل البعد المكاني للأطراف، وكذلك يجب اعتماد السكوت في ذاته، الذي يمارسه صاحب الموقع الإلكتروني، بشان أمور يجب أن يفصح عنها للمتعاقد؛ إذ يتعارض السكوت مع مبدأ حسن النية في التعامل، ويتعارض كذلك مع الالتزام الملقى على عاتق الموجب بالإفصاح عن كل ما يجعل رضا العميل خالياً من العيوب.

3- عيب الإكراه:

يعرف الإكراه بأنه: الضغط غير المشروع الذي يقع على إرادة الشخص، فيحمله على التعاقد (بدوي، ص:134).

وقد عرّف المشرع الأردني الإكراه في المادة (135) من القانون المدني الأردني بأنه: (إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً أو معنوياً).

---

(1) انظر في ذلك (الشطي، د.ت) بحث بعنوان إبرام العقد الإلكتروني متاح على الموقع http://www.lawjo.net. تاريخ ووقت الزيارة 2011/12/22، الساعة 5 مساءً.

(2) انظر في هذا الرأي (عبد الرحمن، ص: 141، 142).

والإكراه بوصفه عيباً من عيوب الإرادة لا يعدم الرضا، فالمكره إرادته موجودة لأنه خُيِّرَ بين إرادته وبين الإكراه الذي هُدِّد به فاختار أهون الضررين، إلا أن الإرادة التي صدرت منه هي إرادة فاسدة لأنها لم تكن حرة مختارة، وفي هذه الحالة يقع العقد قابلاً للإبطال في نطاق بعض القوانين، وغير نافذ في نطاق بعضها الآخر (الحلالشة، 1999، ص:477).

ويقسم الإكراه إلى مادي ومعنوي وفي تقسيم آخر إلى إكراه ملجئ وإكراه غير ملجئ.

ويقصد بالإكراه المادي والإكراه المعنوي:

الإكراه المادي: هو الذي يقع على الجسم، كالضرب المبرح والإيذاء بأنواعه المختلفة، وهذا ما يسمى الإكراه الحسّي؛ لأنه يقع على الحس، وهو نادر لاسيما في الأوساط المتحضرة. (السنهوري، 338)

ويكون الإكراه معنوياً إذا اتخذ شكل تهديد، كأن يهدد المكره بقتله، أو فضحه بنشر أمور تمس كرامته وشرفه، أو بخطف أحد أفراد عائلته (فرج، ص:109).

يقصد بالإكراه الملجئ والإكراه غير الملجئ:

يكون الإكراه ملجئاً وفق القانون المدني الأردني إذا كان تهديداً بخطر جسيم محدق يلحق بالجسم أو المال.

ويكون غير ملجئ إذا تضمن تهديداً بما هو دون ذلك، والإكراه الملجئ يعدم الرضا ويفسد الاختيار، وغير الملجئ يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار (الحلالشة، ص:481).

يشترط حتى يعدّ الإكراه معيباً للرضا ما يأتي:

الشرط الأول: عدم مشروعية الإكراه

لا يعدّ الإكراه عيباً من عيوب الرضا إلا إذا كان غير مشروع[1] والإكراه يكون مشروعاً أو غير مشروع بحسب الغرض منه؛ فإذا كان الغرض منه حصول المُكره، أي المُجبر على ما ليس له حق فيه كان غير مشروع وترتب على وقوعه فساد الرضا (حتى لو كانت وسيلة الإكراه غير مشروعة)، أما إذا كان الغرض من الإكراه مشروعاً أي كانت الغاية منه حصول الشخص على حقه؛ فإن الإكراه في هذه الحالة لا يفسد العقد، سواء أكانت الوسيلة التي استعملت في إيقاع الإكراه مشروعة أم غير مشروعة (سلطان، ص: 73).

الشرط الثاني: قدرة المكره على إيقاع تهديده

تنص المادة (140) من القانون المدني الأردني على أنه: (يشترط أن يكون المُكِره قادراً على إيقاع ما هدد به، وأن يغلب ظن المُكرَه وقوع الإكراه عاجلاً إن لم يفعل ما أكره عليه).

ويعتد بالإكراه عيباً من عيوب الرضا عندما يكون الشخص المُكِره قادراً على إيقاع ما هدّد به، وإلا فإن ليس للمتعاقد الآخر الادعاء بكونه ضحية للإكراه، على أنه يمكن القول: إنّ نص المادة (140) أعلاه معيب من ناحية أن العبرة ليست فيما إذا كان المُكِره قادراً أو غير قادر على تنفيذ تهديده، ولكن العبرة بما إذا كان المتعاقد الآخر قد تحقق لديه الخوف، وأوجد في نفسه الرهبة، من حيث إن خطراً وشيكاً يتهدده، إذا لم يفعل ما أكره عليه (عبيدات، ص:112).

فالمعيار الذي تقاس به الرهبة، معيار ذاتيّ مرجعه إلى الشخص الذي وقع عليه الإكراه، ومدى تصوره للخطر الذي يتهدده، وهذا يختلف بطبيعة الحال من

(1) انظر في ذلك نص المادة (135) من القانون المدني الأردني.

شخص إلى آخر، وفقاً للظروف المحيطة بالشخص من حالته الصحية والاجتماعية والنفسية والعقلية وغير ذلك[1] (منصور، ص:104).

الشرط الثالث: بعث الرهبة في نفس المُكَره

الضغط الحسي أو النفسي الذي يقع على العاقد لا يكفي للقول إنّ الرضا معيب، وإنما يجب أن يترتب على هذا الضغط شعور في نفس العاقد بأن هناك خطراً جسيماً محدقاً سيلحق بجسمه، أو بماله، أو بشرفه، أو بجسم الغير، إن لم يتعاقد، ومن ثم يتوقف تحقق الإكراه على وجود رهبة تتحقق وقت إبرام العقد تصور من خلالها المكره أن هنالك خطراً جسيماً محدقاً يهدده شخصياً، أو يهدد غيره إن لم يتعاقد، وتلافياً لوقوع الضرر اختار التعاقد باعتباره أهون الضررين (الحلالشة، ص:486).

حالة النفوذ الأدبي:

يطرح التساؤل، فيما إذا كان الإكراه يتحقق في حالة الرهبة الناشئة عن النفوذ الأدبي التي تكون للشخص على الآخر؟

عالج المشرّع الأردني هذه الحالة بنص المادة (142) التي جاء فيها: (الزوج ذو شوكة على زوجته، فإذا أكرهها بالضرب أو منعها عن أهلها مثلاً لتنازل عن حق لها أو تهب له مالاً ففعلت كان تصرفها غير نافذ).

---

(1) انظر في ذلك قرار محكمة التمييز حقوق (هيئة عامة) رقم (1046/ 1990) المنشور على الصفحة رقم 896 من مجلة نقابة المحامين رقم (6) لسنة 1991 الذي جاء فيه (1- أن الإكراه الذي يعيب الرضا ويعدمه في العقود هو إجبار الشخص بغير حق، على أن يعمل عملاً دون رضاه، وذلك عملاً بأحكام المادة (135) من القانون المدني. 2- من المتفق عليه فقهاً وقضاء أن الإكراه يختلف أثره من شخص لآخر، وعليه يشترط للتناسب بين العمل المطلوب من المكره على وسيلة الإكراه، بحيث يكون أثر الوسيلة كافياً لإفساد الرضا ومثل إرادة الرفض لدى المكره المتعاقد).

يتضح من النص أعلاه أن مجرد النفوذ الأدبي وحده لا يكفي لكي يعيب الإرادة، ولكنه إذا اصطحب بإكراه، فإنه يخرج عن مجرد نفوذ أدبي، وأضحى سبباً لاعتبار العقد غير نافذ.

ويذهب الباحث في هذا الصدد إلى تأييد ما ذهب إليه أستاذنا الجليل عبد الرحمن الحلالشة من أن وسائل الإكراه ـ الواردة في المادة أعلاه قد جاءت على سبيل المثال لا الحصر (الحلالشة، ص:490).

أثر الإكراه:

نصت المادة (141) من القانون المدني الأردني على أنه: (من أكره بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده، ولكنه لو أجازه المكره، أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة، أو دلالة ينقلب صحيحاً).

يتبين من هذا النص أن المشرع قد عَدَّ العقد الذي كان وليد إكراه موقوفاً، غير نافذ[1]، وسبيله إلى النفاذ أن يجيزه من تعرض إلى الإكراه بعد زوال حالة الإكراه أو ورثته حال وفاته، وهذه الإجازة قد تكون صريحة بعبارة تفيد ذلك أو بطريقة ضمنية تستفاد من الظروف كأن يبني الشخص على الأرض التي اشتراها بعقد باطل، وإذا صدرت الإجازة عُدّ العقد صحيحاً من نشأته، فالإجازة لها أثر رجعي، وإذا رفضت الإجازة بطل العقد. (منصور، ص:108) ولمّا كان الإكراه من ناحية أخرى يعد عملاً غير مشروع، فيجوز للطرف المكره أن يطالب بالتعويض عمّا أصابه من ضرر نتيجة للإكراه (سعد، قاسم، ص:67).

---

(1) انظر في ذلك قرار محكمة التمييز حقوق رقم (526/ 1968) المنشور على الصفحة رقم 2001 من مجلة نقابة المحامين رقم (6) لسنة 1988 الذي جاء منه (إن المدعى عليه الذي أثار دفعاً بأن السند المحتج به قد أخذ إكراهاً، فمن حقه تقديم البينة الشخصية لإثبات الإكراه عملاً بالمادة 29 من قانون البيانات، وبما أن السند المأخوذ بالإكراه لا ينفذ عملاً بالمادة 145 من القانون المدني، فإن قرار محكمة الاستئناف الذي يسمح له بتقديم البينة الشخصية يكون متفقاً والمادة 232 من قانون أصول المحاكمات المدنية.

تطبيقات الإكراه في العقود الإلكترونية:

يبدو على الرغم من التصور السائد من أنه يصعب تصور الإكراه في العقود الإلكترونية، إلا أن هذا التصور من وجهة نظر الباحث تصور محدود النظرة، ذلك أنه يمكن تصور حدوث الإكراه في العقود الإلكترونية، وأمثلة ذلك كثيرة نورد بعضها، على النحو الآتي:

1- يتصور حدوث الإكراه في العقود الإلكترونية النموذجية التي تكون معدّة مسبقاً على المواقع الإلكترونية، إذ يحتوي مثل هذا العقد على عبارات تفيد قبول المرسل إليه أو رفضه فإذا أمسك المُكرِه يد المرسل إليه وأجبره على الضغط بوساطة المؤشر أو زر الموافقة على مفتاح القبول، عندها تعد إرادة المشتري معيبة بعيب الإكراه، ذلك أنه عبر عن قبول وهو تحت التهديد (رحيم، ص:228).

2- التعاقد الإلكتروني الذي يتم من خلال غرف المحادثة المزودة بكاميرا، بحيث يستطيع كل من المتعاقدين رؤية الآخر من خلال الكاميرا، ففي مثل هذه العقود، قد يستخدم المتعاقد ببيانات وثائق تحت يده، ويراها المتعاقد الآخر، ويكرهه على إبرام العقد.

3- يتصور حدوث الإكراه في تلك العقود، من خلال قيام المتعاقد بتحميل بيانات خاصة بالمتعاقد الآخر، وإرسالها له عبر البريد الإلكتروني، مهدداً إياه بهذه البيانات لحمله على قبول التعاقد.

4- يتصور حدوث الإكراه بسبب التبعية الاقتصادية، فقد يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط العوز الاقتصادي، ومن ثم يمكن تصوره بصدد توريد المنتج أو احتكاره لإنتاج قطع غيار بشروط مجحفة، إذ يضطر المتعاقد تحت الرهبة التي تبعث في نفسه بسبب تهديد مصالحه إلى قبول التعاقد (الجمال، ص:174).

4- عيب الاستغلال:

تطورت النظرية المادية في الغبن إلى نظرية نفسية في الاستغلال أخذت بها أكثر القوانين الحديثة، والفرق بين النظريتين يتلخص في أمرين، هما:

أ- النظرية الأولى: ينظر إلى قيمة الشيء نظرة مادية لا نظرة شخصية، فالعبرة بقيمة الشيء في حد ذاته. أما في النظرية الأخرى، فالعبرة بالقيمة الشخصية، وهي قيمة الشيء في اعتبار المتعاقد، إذ قد يكون الشيء تافهاً في ذاته، كبيراً في نظر من يرد الحصول عليه لاعتبارات ترجع إلى ظروف شخصية.

ب- النظرية الثانية: درجة الاختلال في التعادل؛ ينظر إليها في النظرية الأولى نظرة مادية، فهي درجة محددة، بل هي رقم مرصود، فالغبن الذي يزيد على الخمس كما في الشريعة الإسلامية والقانون المصري، أو الربع كما في القانون الفرنسي القديم، أو سبعة أجزاء من اثني عشر جزءاً كما في القانون الفرنسي الحالي بالنسبة لبيع العقار، هو الغبن الذي يعتد به، ويستوجب الجزاء إبطالاً أو تكملة. وقد يكون الغبن فاحشاً من الناحية الشخصية بالنسبة إلى ظروف المتعاقد الخاصة، ولكنه لا يبلغ القدر المحدد من الناحية المادية، فلا يعتد به ولا يؤثر في صحة العقد. أما النظرية الشخصية، فتتخذ في تحديد درجة الاختلال في التعادل معياراً مرناً فهي لا تحدد رقماً يجب أن يصل الغبن إليه، بل تترك ذلك لظروف كل حالة ويكفي أن يصل الاختلال في التعادل بين القيمتين إلى حد باهظ (السنهوري، ص:358).

يعرّف عيب الاستغلال بأنه: انتهاز أحد العاقدين لحالة الضعف في إدارة المتعاقد الآخر ليبرم معه عقداً بغبن فاحش، بحيث يكون اختلالاً فادحاً بين

التزامات كلا الطرفين، مقدّراً وقت إبرام العقد، وما كان المتعاقد المغبون ليبرم هذا العقد لولا هذا الضعف في إرادته (خشروم، 1993، ص:8).

يتضح من ذلك أن الاستغلال يفترض توافر عنصرين، هما:

أ- العنصر المادي: يتمثل هذا العنصر في عدم التعادل بين ما حصل عليه المتعاقد، وما أعطاه، ويشترط أن يكون عدم التعادل فادحاً، فعدم التعادل اليسير، لا يكفي لتكوين الاستغلال بوصفه عيباً في الإرادة (سعد، قاسم، ص:69).

ب- العنصر النفسي: ينظر في هذا العنصر إلى ناحيتين، هما: ناحية المستفيد وهذا هو الاستغلال، وناحية المغبون وهو ما يمكن أن تطلق عليه بصفة عامة (حالة الضعف) لدى المتعاقد المغبون، وتحدّد القوانين هذه الحالات (فرج، ص: 168). ويمكن إجمال هذه الحالات، فقد تشمل الطيش البيّن، والهوى الجامع، وحالة الضعف أو الحاجة، وعدم الخبرة.

ويلزم لكي يكتمل العنصر النفسي للاستغلال أن يكون المتعاقد الآخر قد انتهز إحدى الحالات السابقة، وهو عالم لحالة الضعف هذه، ليحصل على ما لم يكن ليحصل عليه دونها.

تعرض المشرع الأردني إلى حالة واحدة من حالات الضعف في إرادة المغبون وهي استغلال الحالة، فقد جاء في نص المادة (538) ما ينص على هذه الحالة كما يأتي: (إذا استغل المشتري في السلم حاجة المزارع فاشترى منه محصولاً مستقبلاً بسعر أو بشروط مجحفة إجحافاً بيناً....).

آثار الاستغلال:

متى توافرت عناصر الاستغلال، جاز للمتعاقد المغبون طلب إنقاص التزاماته الباهظة في عقود المعاوضة، أو طلب إبطال العقد في غير ذلك من العقود.

وقد اتجه أغلب شرّاح القانون المدني الأردني إلى أن المشرّع الأردني لم يأخذ بنظرية الاستغلال، مكتفياً بإيراد تطبيق وحيد لها، وهو استغلال حاجة المزارع في بيع السلم[1] الواردة في نص المادة (538)[2].

ويرى الباحث في هذا الصدد مخالفة ما ذهب إليه أغلب شرّاح القانون من القول إن المشرّع الأردني استبعد الأخذ بنظرية الاستغلال، وأن استقراء نصوص القانون المدني الأردني التي أخذت بالغبن الفاحش دون تغرير وبالغبن اليسير. ما هي إلا تطبيق لنظرية الاستغلال، ولو بشكل غير مباشر[3].

يمكن تصور تطبيق الاستغلال في مجال العقود الإلكترونية، حينما يكون المتعاقد قد وقع ضحية طيشه وهواه الجامح، ويدخل في علاقات تعاقدية لمجرد أنها في طرفها الآخر شخصية اجتماعية بارزة، فإذا استغل الطرف الآخر ضعف المتعاقد نفسه، قام العقد مختلاً بتوازن اختلالاً واضحاً بين قيمة المبيع والثمن، ونكون هنا بصدد عيب الاستغلال الذي يشوب الإرادة ويفسد العقد على أن معيار التعادل ليس معياراً ثابتاً من الناحية الموضوعية، ولا من الناحية النفسية، فما قد يعد هوى جامحاً وطيشاً لدى أحد الناس قد لا يتوافر بالضرورة لدى الآخرين، أو ما يعدّ في تعاقد ما اختلالاً فادحاً، وقد لا يعد كذلك في تعامل آخر (زريقات، ص: 205 ـ 206).

كما أن تباعد المتعاقدين، وانتشار الإعلانات الخادعة المفترضة في العقود الإلكترونية، وتباين الخبرات الفنية، توسّع من دائرة الاختلال الفادح بالتوازن العقدي، واستغلال طيش المتعاقدين في التعاقد الإلكتروني، واندفاعه نحو

---

(1) انظر في تفصيل بيع السلم (حمزة، 2008) بحث بعنوان: بيع السلم،دراسة مقارنة بين الفقه والقانون منشور في مجلة جامعة العلوم التطبيقية، المجلد الحادي عشر، العدد الأول لسنة 208، ص:19.

(2) انظر في هذا التوجه (خشروم، ص:49). (سلطان، ص: 83 ـ 84).

(3) انظر في ذلك نص المادتين (147، 149)، من القانون المدني الأردني.

الإعلانات الخادعة والسلع المفترضة ـ كمجال خصب ـ لمثل هذا العيب. ولعلّ ما دفع المشرع الفرنسي إلى وضع مبدأ عام يجعل العقود الإلكترونية قابلة لإبطال الاستغلال، إذ يفقد المتعاقد على شبكة الإنترنت القدرة على التمييز بين تعهداته المتقابلة بصدد شرائه لسلعة افتراضية على الإنترنت كمسعى محمود من جانبه لحماية المشتري في عقد البيع الإلكتروني .

ولعلّ التشريع التونسي كان أفضل التشريعات العربية التي تصدت إلى حماية المستهلك من الاستغلال، ونصت المادة (50) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي على عقوبة لكل من يستغل ضعف شخص أو جهله في مجال التعاملات الإلكترونية، بشكل كان السبب لدفع مبلغ من المال. ونأمل أن يلتمس مشرّعنا هذا المسلك التشريعي.

الخاتمة

تناولنا من خلال هذه الدراسة التحليلية المقارنة، ركن التراضي في العقود الإلكترونية من خلال الوقف على الأحكام العامة في القانون المدني الأردني، وأحكام قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، مقارنة مع التشريعات الدولية والعربية في محاولة للإحاطة بالجوانب القانونية بهذا الركن. وقد تناولنا التعريفات الفقهية التي قيلت بشأن هذا العقد، وأوضحنا أوجه القصور التي طالت بعض هذه التعريفات، وحاولنا وضع تعريف شامل لهذا العقد؛ فقد خلصنا إلى أن العقد الإلكتروني هو ارتباط القبول بالإيجاب بين إرادتين أو أكثر من خلال وسيط الكتروني، وتوافقهما على إحداث أثر يرتبه القانون، وانطلاقاً من خصوصية هذا العقد، حاولنا تمييزه عن العقد التقليدي من جهة وعن الأنظمة الأخرى من جهة أخرى، وارتأى الباحث أن أهم خصائص هذا العقد هو أنه تعاقد تم عن بعد وعبر وسائل الاتصال الحديثة.

كما أوضحنا تفصيلاً الطرق المستخدمة للتعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، فقد أمكن القول بصلاحية الطرف التقليدية، للتعبير عن الإرادة من كتابة ولفظ وإشارة ومبادلة فعلية دالة على التراضي، للتعبير عن الإرادة في هذا النوع من العقود، وعرضنا إلى الطرق المستخدمة للتعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني مثل: التعبير عن الإرادة باستخدام رسائل المعلومات، من خلال الوسيط الإلكتروني المؤتمت.

وتناول الأحكام التي تنظم الإيجاب، فلوحظ أن الإيجاب الإلكتروني يخضع إلى الأحكام العامة الواردة في القانون المدني الأردني، ثم تم عرض بعض المسائل بالإيجاب الإلكتروني، كتلك المتعلقة بالتمييز بين الإيجاب والإعلان، وبيان اللغة واجبة الاستخدام في الإيجاب الإلكتروني.

وألقينا الضوء من خلال هذه الدراسة على القبول في محاولة لمعالجة بعض الإشكاليات التي يفرضها واقع القبول الإلكتروني، ومنها القبول من خلال الضغط على زر الموافقة، وحق العدول عن القبول.

ولما كانت صحة التراضي ضرورة قانونية لإنتاج الأثر لتوافق الإرادة؛ فقد عرضنا لمسألة الأهلية في التعاقد الإلكتروني، وما يعتريها من نقص أو إصابتها بعارض من عوارض الأهلية وحاول الباحث معالجة مسألة أثر الموت، وفقد الأهلية على التعاقد الإلكتروني، كما تناول أثر اختلاف التشريعات والنظم القانونية في الأهلية، حيث خلصنا إلى أن هذه المسألة تجد لها الحل بالاستناد إلى القواعد القانونية المتعلقة بتنازع القوانين.

حاول الباحث من خلال استعراض الوسائل المستخدمة للتحقق من أهلية المتعاقد في التعاقد الإلكتروني إلى التوصل إلى أفضل هذه الوسائل، ومن ثم عرضنا إلى مسألة تأثر القوة الملزمة للعقد الإلكتروني بعيوب الإرادة والتطبيقات التي يمكن تصورها في هذا النوع من العقود.

وفي نهاية الدراسة فقد توصل الباحث إلى العديد من النتائج والتوصيات والتي يمكن أن تسهم في إكمال النقص التشريعي الحاصل في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

أولاً: النتائج

1- لا يخرج العقد الإلكتروني في إطاره العام عن كونه عقداً يخضع إلى الأحكام العامة، غير أنه يتمتع بخصوصية عن غيره من العقود التقليدية فرضتها استخدام وسائل الاتصال الحديثة في إبرام هذا العقد. من هنا، سعت أغلب التشريعات، ومنها قانون المعاملات الإلكترونية الأردني إلى وضع تعريف للعقد الإلكتروني في محاولة لإبراز هذا الجانب من الخصوصية، غير أن المشرّع الأردني من خلال تعريفه لهذا العقد، استخدم كلمة الاتفاق للإشارة إلى أن العقد الإلكتروني هو اتفاق مجدد بذلك الدخول في الخلاف الفقهي حول الفارق بين العقد والاتفاق، كما ابتعد المشرّع الأردني في تعريفه لهذا العقد عن بيان الأثر القانوني المترتب على هذا العقد في مخالفة للنهج الذي سار عليه في تعريف العقد التقليدي. كما يؤخذ على مشرّعنا إغفال تناول مرحلة التفاوض في التعاقد الإلكتروني.

2- ثار خلاف فقهي حول تحديد الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، فذهب جانب من الفقه إلى اعتبار العقد الإلكتروني من عقود الإذعان، في حين ذهب جانب آخر إلى اعتباره من عقود المساومة. ويرى الباحث في هذا الصدد أنّ المشرّع الأردني فعل حسناً عندما نأى بنفسه عن بحث هذه النقطة في قانون المعاملات الإلكترونية، على خلاف النهج الذي اتّبعه المشرّع المصري الذي عدّ العقود الإلكترونية من العقود النمطية، ذلك أننا لسنا بحاجة لإطلاق أوصاف عامة تؤخذ على

إطلاقها في هذا الجانب، وأن الأجدر ترك أمر تقدير الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، لتقدير قاضي الموضوع الذي يقدر كل حالة تعرض عليه.

3- أجازت أغلب تشريعات المعاملات والتجارة الإلكترونية التعبير عن الإرادة، من خلال استخدام وسائل الاتصال الحديثة، وجاءت إجازة المشرع الأردني لهذا النوع من التعبير عن الإرادة من خلال أحكام القواعد العامة، قياساً على الهاتف باستخدام عبارة (أو بأية وسيلة مماثلة) بعد عبارة (يعتبر التعاقد عبر الهاتف) الواردة في المادة (102) من القانون المدني الأردني. ولم يكتفِ المشرع الأردني بذلك، فقد أجاز التعبير عن الإرادة باستخدام رسائل المعلومات من خلال نص المادة (13) من قانون المعاملات الإلكترونية، وعلى الرغم من أن تعريف المشرّع الأردني لرسائل المعلومات قد ترك الباب مفتوحاً لاستيعاب ما قد يظهر مستقبلاً من تطورات تقنية في وسائل الاتصال، إلا أن ذلك غير كافٍ لمعالجة الأوضاع القانونية لوسائل التعبير عن الإرادة من خلال الوسيط الإلكتروني، إذ إن حداثة هذه الوسائل تثير الكثير من الإشكالات التي يرى الباحث عدم ترك باب بحثها، لاسيّما أنها وسائل مستحدثة، وتحتاج إلى معالجة قانونية خاصة. من هنا، لابد من الإشارة التفصيلية إلى بعض تلك الوسائل، والوقوف على الجوانب القانونية الخاصة بها، كما هي الحال باستخدام الضغط على زر الموافقة للتعبير عن الإرادة.

4- استخدام رسائل المعلومات بوصفها وسيلة للتعبير عن الإرادة، ولم يمنح المتعاملين بهذه الوسيلة الثقة والطمأنينة الكاملة، وبقي شيء من الخوف من التعرض إلى الغش أو الخطأ أو التلاعب بمضمون رسائل البيانات منها، ولجأت أغلب التشريعات إلى وضع قواعد قانونية تنظم إسناد هذه الرسائل والإشعار بالاستلام. ويلاحظ أن المشرّع الأردني في هذا الجانب قد سكت عن تحديد المدة الزمنية التي تمنح للمرسل إليه التصرف على أساس أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ وفي حال إذا استلم المرسل إليه إشعاراً من المنشئ يبلغه فيه أن الرسالة غير صادرة عنه، كما فعلت بعض التشريعات مثل القانون النموذجي، وقانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية.

5- أدى التطور التقني إلى ابتكار طرق جديدة للتعبير عن الإرادة عبر وسائل الاتصال الحديثة، وكان من نتائج ذلك ظهور ما يعرف الوسيط الإلكتروني، الذي يمكن من خلال استخدام برنامج حاسوب معد مسبقاً للتعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني. وأضفت التشريعات الصبغة القانونية على هذه الوسيلة غير أن الفقه القانوني اختلف في تكيف عمل ذلك الوسيط، والمشرّع الأردني أجاز التعبير عن الإرادة من خلال الوسيط الإلكتروني، ولم يتناول مشرّعنا تكيف عمل هذا الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، مما يدفعنا إلى الرجوع إلى أحكام القواعد العامة لتحديد الماهيّة القانونية لعمل ذلك الوسيط، وما يترتب على هذا الرجوع من الدخول في جدل فقهي حول اعتباره نائباً أو وكيلاً عن المتعاقد، في حين أننا لسنا بحاجة إلى الدخول في

هذا الجدل في ضوء قناعتنا بأن دور الوسيط الإلكتروني لا يتعدّى كونه أداة ناقلة للإرادة فحسب، بل ينقل إرادة التعاقد، لا إرادته، لأنه أداة صماء لا إرادة لها.

6- أثار موضوع صلاحية السكوت للتعبير عن القبول جدلاً فقهياً بين مؤيد ومعارض. وبيّن جانب آخر من الفقه يأخذ بصلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة في حالات استثنائية مع ضرورة عدم التوسع في هذه الحالات، نظراً لعدم القدرة على إسقاط جميع الاستثناءات على التعاقدات الإلكترونية، المشرع الأردني من جانبه، لم يتطرق إلى معالجة هذه الحالة في قانون المعاملات الإلكترونية، وترك باب البحث في هذا الجانب مفتوحاً بالاستناد إلى القواعد العامة، الأمر الذي يترتّب عليه عدم صلاحية السكوت للتعبير عن إرادة القبول إلا في الحالات الاستثنائية التي جاء عليها نصٌ في القواعد العامة.

7- بموجب القوة الملزمة للعقد، فإن أياً من طرفيه لا يستطيع أن يرجع عنه، ومتى تم التقاء الإيجاب بالقبول، قام العقد، ويصبح تنفيذه ملزماً ولا رجعة عنه؛ نظراً لأن المستهلك في العقد الإلكتروني ليست لديه الإمكانات الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بها، وبخصائص الخدمة قبل إبرام العقد، فقد أقرت العديد من التشريعات الناظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية حق المستهلك بالعدول عن قبوله خلال مدة معينة. لم يعالج مشرعنا الأردني هذا الحق في أحكام قانون المعاملات الإلكترونية، كما أنّ الرجوع إلى الأحكام العامة

المنظمة لخيارات المتعاقد، لا يمكن تطبيقها بشكل كامل على التعاقد الإلكتروني.

8- لا يتطلب التعاقد الإلكتروني أهلية خاصة تختلف عن تلك الأهلية المطلوبة لإبرام العقد التقليدي، كما أن أهلية التعاقد الإلكتروني قد يعتبرها نقصاً، أو قد يلحق بها عارض من عوارض الأهلية المبنية في القواعد العامة. في هذا الصدد أغفل المشرّع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية معالجة الآثار المترتبة على الدخول في تعاقد يكون أحد أطرافه ناقص الأهلية، الأمر الذي يترتب عليه أن القواعد العامة الناظمة للأهلية هي واجبة التطبيق، من ثم يكون من حق المتعاقد الذي أبرم عقداً مع قاصر وفقاً للقواعد العامة الرجوع إلى القاصر الذي أخفى النقص في أهليته على أساس المسؤولية التقصيرية والمعالجة القانونية، وفقاً لذلك يترتب عليها إخلال في التوازن بين مصالح أطراف العقد.

9- يشكل الموت وفقد الأهلية إشكالية مثار جدل بين الفقه في التعاقد التقليدي، ومن ثم بالتعاقد الإلكتروني. وأغفل المشرع الأردني معالجة هذه الحالة في القواعد العامة، وفي أحكام قانون المعاملات الإلكترونية مما يدفع إلى استخلاص حكم أثر الموت، وفقد الأهلية على التعاقد الإلكتروني ـ كما هي الحالة في التعاقد التقليدي ـ من أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص القانون المدني.

10- تعدّ مسألة التحقق من أهلية المتعاقد في العقود الإلكترونية مسألة فنية دقيقة، دفعت العديد من العلماء والمتخصصين من فقهاء القانون المهتمين في مجال التعاقد الإلكتروني إلى البحث عن وسائل تسهم في إيجاد سبل تقنية وقانونية، لحل هذه المسألة. وقد أفرز البحث إيجاد وسائل مختلفة للتحقق من أهلية المتعاقد، مثل البطاقات الذكية، وسلطات الإشهار، ونموذج بيانات المستخدم وتقنية الجدار الناري، والمواقع الإلكترونية، ونماذج العقود الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني. ومشرّعنا الكريم لم يعرض لكل هذه الوسائل، وتناول جانباً من هذه الوسائل وهي سلطات الإشهار والتوقيع الإلكتروني.

11- العقد الإلكتروني كما هي الحال عليه في التعاقد التقليدي بعيوب الإرادة، غير أن وجهة نظر شرّاح القانون في هذه المسألة في تفاوت، إذ يرى بعضهم أن الإرادة في التعاقد الإلكتروني لا تلحق بها جميع عيوب الإرادة، وقصر أثر بعض العيوب دون أخرى على هذا التعاقد ونظراً لخلو قانون المعاملات الإلكترونية الأردني من نص خاص بهذه المسألة؛ فإن المرجع في بحثها هي القواعد العامة، كما يلاحظ عدم النص وبشكل صريح في القواعد العامة على عيب الاستغلال كعيب من عيوب الإرادة.

ثانياً: التوصيات

1- نظراً لما يؤخذ على التعريف الوارد في قانون المعاملات الإلكترونية للعقد الإلكتروني، فإننا نوصي بضرورة قيام المشرع الأردني بإعادة

النظر في تعريف العقد الإلكتروني، بحيث يشمل هذا التعريف بيان الأثر القانوني المترتب على إبرام العقد، والابتعاد عن استخدام لفظ الاتفاق للدلالة على العقد؛ لما يثيره هذا اللفظ من جدل فقهي حول الفارق بين العقد والاتفاق. وعليه؛ فإن الباحث يوصي بضرورة إعادة صياغة نص المادة (2) من القانون المشار إليه، بحيث يتم تلافي المآخذ على هذا التعريف مقترحاً أن يكون تعريف العقد الإلكتروني على أنه: (ارتباط القبول بالإيجاب بين إرادتين من خلال وسيط إلكتروني، وتوافقهما من أجل إحداث أثر رتبة القانون).

2- ترك المشرع الأردني أمر تحديد وسائل التعبير عن الإرادة من خلال وسائل الاتصال الحديثة مفتوحاً للمعالجة من خلال القواعد العامة التي حددت طرق التعبير عن الإرادة بالطرق التقليدية التي انتهت إلى جواز التعبير بمثل هذه الوسائل في التعاقد الإلكتروني، وإيراد المشرع في قانون المعاملات الإلكترونية نصاً يفهم منه جواز التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، باستخدام رسائل المعلومات والوسائل المماثلة، ويشكل منهجاً لا نؤيده، لاسيما أن حداثة تلك الوسائل تتطلب معالجتها بصورة تفصيلية. وعليه، فلا بد من قيام المشرع الأردني بإيراد معالجات خاصة ولوسائل التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، كالتعبير عن الإرادة من خلال الضغط على زر الموافقة.

3- لم يحدد المشرع الأردني المدة الزمنية الممنوحة للمرسل إليه، لتصرف على أساس أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ، في حالة إذا استلم المرسل

إليه إشعاراً من المنشئ يبلغه فيه أن رسالة المعلومات غير صادرة عنه، هذا الأمر يثقل كاهل المرسل إليه، ويرى الباحث ضرورة إيراد شرط يتعلق بتحديد تلك المدة لتمكين المرسل إليه من التصرف خلال تلك المدة.

4- في ظل إجازة المشرع الأردني للتعبير عن الإرادة عبر الوسيط الإلكتروني وسكوت المشرع عن تكليف عمل هذا الوسيط، نرى أنَّ على المشرِّع الأردنيّ النص صراحة على تكييف عمل الوسيط الإلكتروني، لأنه آلة ناقلة للإرادة، وعدم ترك أمر البحث في طبيعة عمل الوسيط الإلكتروني للقواعد العامة التي ينطوي البحث بالاستناد إليها إلى خلاف بين اعتباره نائباً أو وكيلاً عن المتعاقد ما يترتب على تبني تكييف لعمل الوسيط كنائب أو وكيل عن المتعاقد من تعارض مع الأحكام العامة للنيابة والوكالة، وكذلك مع ما ورد في قانون المعاملات الإلكترونية من أن الوسيط الإلكتروني أداة ناقلة للإرادة فقط.

5- تناولت القواعد العامة تنظيم صلاحية السكوت للتعبير عن إرادة القبول، ونصت هذه القواعد على الحالات الاستثنائية التي يعتد فيها بالسكوت للتعبير عن الإرادة، وفي هذا الباب ولعدم إمكانية إسقاط جميع الاستثناءات الواردة في القواعد العامة على العقد الإلكتروني، لابد من مراعاة الجوانب الخاصة لهذا العقد ومراعاة حداثة وجدة التنظيم القانوني لهذا النوع من العقود، يرى الباحث ضرورة المعالجة

الخاصة لهذه الواقعة القانونية في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، وعدم ترك الأمر للاجتهاد والقياس وفق أحكام القواعد العامة.

6- أغفل المشرّع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية معالجة حق المستهلك بالعدول عن قبوله وفي ضوء عدم إمكانية تطبيق خيارات التعاقد المنصوص عليها في القواعد العامة على التعاقد الإلكتروني وما يعتريه من خصوصية تجب مراعاتها، فإن النص على هذا الحق ضرورة في قانون المعاملات الإلكترونية، وكذلك وجوب الإسراع بإصدار قانون حماية المستهلك الأردني الذي ما يزال مشروعاً؛ لأنّ هذا الحق قد جاء منصوصاً عليه في مشروع قانون حماية المستهلك.

7- إبرام عقد إلكتروني مع قاصر يترتب عليه إمكان إبطال العقد من قبل القاصر بحجة نقص الأهلية وفق القواعد العامة، وفي ذلك إخلال بالتوازن بين مصلحة القاصر ومصلحة الطرف الآخر. وعليه؛ نوصي أن يقوم المشرّع الأردني بإيراد قواعد قانونية خاصة تطبق في حالة قيام قاصر بإبرام عقد إلكتروني، تكون من شأن هذه القواعد خلق نوع من التوازن بين مصلحة القاصر ومصلحة الطرف الآخر حسن النية، وعدم ترك حكم هذه المسألة للقواعد العامة.

8- في ظل غياب النص القانوني في أحكام القانون المدني الأردني وقانون المعاملات الإلكترونية على أثر الموت وفقد الأهلية على التعاقد، يرى

الباحث ضرورة إيراد حكم قانوني خاص في قانون الأحكام وقانون المعاملات الإلكترونية لمثل هذه الحالة، وعدم ترك الأمر لاستخلاص الحكم من أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة للقانون المدني الأردني.

9- يوصي الباحث في ظل غياب المعالجة الشاملة لوسائل التحقق من أهلية المتعاقد بأن يقوم المشرع الأردني بإيراد أحكام شاملة تفصيلية للوسائل المتصور استخدامها؛ للتحقق من أهلية المتعاقد.

10- نأمل من المشرع الأردني العمل على اتّخاذ الإجراءات اللازمة لإصدار الأنظمة التنفيذية لقانون المعاملات الإلكترونية، وعلى وجه الخصوص تلك الأنظمة المتعلقة بإصدار شهادات التوثيق والجهة المختصة بذلك.

11- في ظل عدم إيراد المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية للمعالجة القانونية لمسألة عيوب الإرادة، فإن بحث هذه المسألة يكون من خلال الاحتكام إلى القواعد العامة الناظمة لذلك، والاحتكام إلى تلك القواعد على عمومها. وقد يواجه بمشكلاتٍ في التعاقد الإلكتروني، تتعلق بالتطبيقات المستحدثة لتلك العيوب في التعاقد الإلكتروني. من هنا، يرى الباحث ضرورة معالجة العيوب التي قد تصيب الإرادة في التعاقد الإلكتروني من خلال نصوص خاصة في قانون المعاملات الإلكترونية لاستيعاب الأمور الفنية الدقيقة المستحدثة في هذا المجال، ويضاف إلى ذلك ضرورة النص بشكل

صريح على عيب الاستغلال، باعتباره عيباً من عيوب الإرادة في التعاقد الإلكتروني؛ لإمكان تصور الكثير من التطبيقات لهذا العيب في التعاقد الإلكتروني.

المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

1- القرآن الكريم.

2- معاجم اللغة العربية:

- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين. (1956) لسان العرب المحيط، بيروت: دار لسان العرب.
- الفيومي، أحمد محمد بن علي. (د. ت) المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، (د.ت).
- مصطفى إبراهيم ورفاقه. (1960) المعجم الوسيط، 12، القاهرة: مطبعة مصر.
- المعجم الوجيز. (2002) مجمع اللغة العربية، القاهرة: الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية.

3- المراجع الفقهية والقانونية:

- الأباصيري، فاروق محمد. (2002) عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
- إبراهيم، خالد ممدوح. (2008) حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، ط1، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- ابن القيم، أبو عبدالله محمد الدمشقي. (1968) أعلام الموقعين عن رب العالمين، القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية.

- ابن عابدين، محمد أمين. (1995) حاشية رد المختار على الدر المختار، بيروت: دار الفكر.
- ابن قدامة، المقدسي. (1405 هـ) المغني في فقه الإمام، أحمد بن حنبل، ط1، بيروت: دار الفكر.
- ابن مفتاح، أبو الحسن عبدالله. (د.ت) المنتزع المختار من الغيث المدرار، صنعاء: مكتبة غمظان.
- أبو الليل إبراهيم الدسوقي. (2003) الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، ط1، الكويت: مجلس النشر العلمي.
- أبو الهيجاء، محمد إبراهيم. (2011) عقود التجارة الإلكترونية، ط3، عمان: دار الثقافة.
- أبو هشيمه، عادل . حوته، محمود. (2004) عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، القاهرة: دار النهضة العربية.
- أحمد، أمانج رحيم. (2006) التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، ط1، عمان: دار وائل.
- بدر، أسامة أحمد. (2005) حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
- بدوي، حلمي بهجت. (1943) أصول الالتزامات، القاهرة: مطبعة نوري.
- برهم نضال إسماعيل (2004) أحكام عقود التجارة الإلكترونية، ط1، عمان: دار الثقافة.
- بهجت، أحمد عبد التواب. (2009) إبرام العقد الإلكتروني، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية.

- التهامي، سامح عبد الواحد. (2006) التعاقد عبر الإنترنت، القاهرة، دار الكتب القانونية.
- توكل، فادي محمد عماد الدين. (2010) عقد التجارة الإلكترونية، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- الجرجاني، الإمام علي بن محمد. (د.ت) التعريفات، القاهرة: دار الريان.
- الجواري، سلطان عبد الله محمود. (2010) عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- حجازي، عبد الفتاح بيومي. (2003) مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الثاني، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- حجازي، عبد الفتاح بيومي. (2007) التجارة عبر الحاسوب، ط1، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- حجازي، مندى عبدالله محمود. (2010) التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت، وإثبات التعاقد الإلكتروني، ط1، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- الحكيم، عبد المجيد. البكري، عبد الباقي. البشير، محمد طه. (1980) الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، ج1، بغداد: مطبوعات وزارة التعليم والبحث العلمي.
- الحلالشة، عبد الرحمن أحمد. (2011) المختصر في شرح القانون المدني الأردني (عقد البيع)، ط1، عمان: دار وائل.
- الحلي، أبو القاسم نجم الدين جعفر. (1969) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، النجف: مطبعة الآداب.

- دودين، بشار محمود. (2010) الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، ط2، عمان: دار الثقافة.
- الرازي، محمد بن أبي بكر. (د.ت) مختار الصحاح، القاهرة: دار الحديث.
- رشدي، محمد السعيد. (1998) التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، ط1، الكويت: جامعة الكويت لجنة التأليف والتعريب والنشر.
- رشيدي، محمد سعيد. (2004) الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، القاهرة: دار النهضة العربية.
- الزرقا، مصطفى أحمد. (1952) المدخل الفقهي العام، الحقوق المدنية في البلاد السورية، ط1، مطبعة الجامعة السورية.
- زريقات. عمر خالد. (2007) عقد البيع عبر الإنترنت، ط1، عمان: دار الحامد.
- الزنون، حسن علي والرحو، أحمد سعيد. (2002) الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ط1، عمان: دار وائل.
- السرحان، عدنان وخاطر، نوري. (2000) مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، ط1، عمان: دار الثقافة.
- السرخسي، أبو بكر محمد. (1406هـ) المبسوط، بيروت: دار المعرفة.
- سعد نبيل إبراهيم وقاسم محمد حسن. (2010) مصادر الالتزام، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- سلامة، صابر عبد العزيز. (2007) العقد الإلكتروني، ط2، القاهرة: دار النهضة العربية.

- سلطان، أنور. (1987) مصادر الالتزام، ط1، عمان: منشورات الجامعة الأردنية.
- السنهوري، عبد الرزاق. (1952) الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (مصادر الالتزام)، ج1، القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية.
- سوار، محمد وحيد الدين. (1998) التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، ط2، عمان: دار الثقافة.
- السوسوه، مجد الدين محمد إسماعيل. (2010) إبرام عقد البيع عبر الانترنت، ط1، (د.ن).
- السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن. (1403هـ) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية.
- شرف الدين، أحمد . (2003) نظرية الالتزام، د.ن.
- شرف الدين، أحمد. (د.ت) قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، (د.ن).
- الشريفات، محمود عبد الرحيم. (2009) التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت، ط1، عمان: دار الثقافة.
- الشيرازي، ابو إسحاق إبراهيم. (1995) المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط1، بيروت: دار الكتب العلمية.
- الصده، عبد المنعم فرج. (1971) مصادر الالتزام، القاهرة: دار النهضة العربية.
- الصمادي، عيسى لافي. (2005) عقد نقل التكنولوجيا الإلكتروني عبر الإنترنت، ط1، عمان: دار الثقافة.

- عبابنه علاء الدين محمد ذيب. (2008) دراسات في قانون التجارة الإلكترونية البحريني والمقارن، البحرين: جامعة العلوم التطبيقية.
- عبد الدائم، أحمد راتب. (د.ت) شرح القانون المدني النظرية العامة، أحكام الالتزام، ج2، حلب: منشورات حلب.
- عبد الرحمن، خالد حمدي. (2008) التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، القاهرة: دار النهضة العربية.
- عبد الكريم، ممدوح. (2005) تنازع القوانين، ط1، عمان : دار الثقافة.
- عبدالله، هبه ثامر محمود. (2011) عقود التجارة الإلكترونية، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- العبودي، عباس. (1997) التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، عمان: دار الثقافة.
- عبيدات، يوسف محمد. (2009) مصادر الالتزام في القانون المدني، ط1، عمان: دار المسيرة.
- العجلوني، أحمد خالد. (2002) التعاقد عن طريق الإنترنت، ط1، عمان: دار الثقافة.
- عجيل، طارق كاظم. (2011) ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- عرب، يونس (2004) قانون تقنية المعلومات والتجارة الإلكترونية، ط1، عمان: من إعداد نقابة المحامين الأردنيين.
- عرب، يونس. (2001) قانون الكمبيوتر، منشورات اتحاد المصارف العربية.

- العشماوي، أيمن إبراهيم. (2009) مجلس العقد الإلكتروني، القاهرة: دار النهضة العربية.
- العيش، الصالحين محمد. (2008) الكتابة الرقمية طريقاً للتعبير عن الإرادة ودليلاً للإثبات، ط1، الإسكندرية: منشأة المعارف.
- الفار، عبد القادر. (2004) مصادر الالتزام، عمان: دار الثقافة.
- فرج، توفيق حسن. (د.ت) النظرية العامة للالتزام في مصادر الالتزام، (د.ن).
- الفضل، منذر. (1996) النظرية العامة للالتزامات، عمان: دار الثقافة.
- قدري باشا، محمد. (1308هـ) مرشد الحيران. ط1، مصر: المطبعة الكبرى.
- الكسواني، عامر. (2009) التجارة عبر الحاسوب، عمان: دار الثقافة.
- مجاهد، أسامة أبو الحسن. (2007) الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية.
- مجاهد، أسامة أبو مجاهد. (2002) التعاقد عبر الإنترنت، القاهرة: دار الكتب القانونية.
- محمد، عبد الباسط جاسم . (2010) إبرام العقد عبر الإنترنت، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني (1993)، ط3، مطبعة التوفيق.
- مراد، عبد الفتاح. (د.ت) التجارة الإلكترونية والبيع والشراء على شبكة الإنترنت، (د.ن).

- المسلمي، ممدوح محمد خيري هاشم. (2000) مشكلات البيع عن طريق الإنترنت في القانون المدني، القاهرة، دار النهضة العربية.
- المطالقة، محمد فواز. (2008) الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، ط2، عمان: دار الثقافة.
- المغربي محمد نجيب عوضين. (2006) أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة، القاهرة: دار النهضة العربية.
- المنزلاوي، صالح. (2006) القانون الواجب التطبيق على التجارة الإلكترونية، القاهرة: دار الجامعة الجديدة.
- منصور، أمجد منصور. (2006) النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، ط1، عمان: دار الثقافة.
- منصور، محمد حسين. (2003) المسؤولية الإلكترونية، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
- مومني، بشار طلال. (2004) مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، ط1، إربد: عالم الكتب الحديثة.
- المومني، عمر حسن. (2003) التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية، ط1، عمان: دار وائل.
- ناصيف، إلياس. (2009) العقد الإلكتروني في القانون المقارن، ط1، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية.
- ناصيف، إلياس. (2009) العقد الإلكتروني في القانون المقارن، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية.
- نصر، مصطفى أحمد. (2010) التراضي في العقود الإلكترونية. القاهرة: دار النهضة العربية.

4- الكتب العامة:

- الحسيني، عماد الدين خلف. (2000) عالم الاتصالات بين الماضي والحاضر والمستقبل، ط1، القاهرة: مركز الأهرام للترجمة والنشر.
- سيمبسون، الآن. (1999) الإنترنت استعد انطلق، ط1، ترجمة مركز التعريب والترجمة، بيروت، الدار العربية للعلوم.
- الشديفات، خليل النومان. (2009) شبكة المعلومات العالمية، ط1، عمان: بدعم من وزارة الثقافة.
- الطيطي، خضر مصباح. (2008) التجارة الإلكترونية والأعمال الإلكترونية من منظور تقني وتجاري وإداري، عمان: دار الحامد.
- قاموس اكسفورد الحديث ـ إنجليزي ـ عربي (Oxford , University, Press, 2000).
- كتانه، خيري مصطفى. (2009) التجارة الإلكترونية، ط1، عمان: دار المسيرة.
- النوايسه، غاب عوض. (2000) خدمات المستفيدين من المكتبات ومراكز المعلومات، عمان: دار صفاء.

5- الرسائل والأبحاث:

- إبراهيم، خالد ممدوح. (2005) إبرام العقد الإلكتروني، (أطروحة دكتوراه) منشورة، جامعة الإسكندرية، الإسكندرية.
- أبو العز، علي محمد. (2006) التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، (رسالة ماجستير) منشورة، جامعة آل البيت، المفرق.

- الجمال، سمير حامد. (2005) التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، (أطروحة دكتوراه)، منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة.
- الجنابي، خالد صبري. (2009) التراضي في عقود التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة"، (رسالة ماجستير) منشورة، جامعة اليرموك، اربد.
- الحلالشة، عبد الرحمن أحمد. (1999) الإكراه في نطاق القانون المدني الأردني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد 2، المجلد 26، ص 229.
- خشروم، عبدالله حسين. (1993) عيب الاستغلال في القانون المدني الأردني وفقه الشريعة الإسلامية، (دراسة ماجستير) منشورة، الجامعة الأردنية، عمان.
- الخطيب، محمد شاهين. (2002) التعبير عن الرضا في عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، بحث مقدم إلى مؤتمر تشريعات عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق، جامعة اليرموك، اربد.
- الدمياطي، ثامر محمد. (2008) إثبات التعاقد الإلكتروني في الإنترنت "دراسة مقارنة"، (أطروحة دكتوراه)، منشورة جامعة عين شمس، القاهرة.
- سكري، بشار عصمت. (2008) العقود الإلكترونية "دراسة في القانون الواجب التطبيق وتسوية المنازعات الناشئة عنها"، (أطروحة دكتوراه) منشورة، جامعة بيروت العربية، بيروت.
- الصرايره، منصور. (2009) الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية (دراسة في التشريع الأردني)، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد الثاني، المجلد 25، ص: 821.

- العبد الرزاق، نور خالد عبد المحسن. (2009) حجية المحررات والتوقيع الإلكتروني في الإثبات عبر شبكة الإنترنت، (أطروحة دكتوراه) منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة.
- عرب، يونس. (2000) حجية الإثبات بالوسائل الإلكترونية، مجلة البنوك في الأردن، العدد7، المجلد 19، ص 20.
- علوان، رامي محمد. (2002) التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت والتعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق جامعة الكويت، العدد 4، ص: 475.
- قطان، هشان محمد. (2000) التجارة الإلكترونية استثمار ومضمون، اقتصاديات الرياض، العدد 37، ص 80.
- المحاسنة، نسرين. (2004) انعقاد العقد الإلكتروني، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد 2، المجلد 31، ص: 322.
- المري، عايض راشد. (1998) مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، (أطروحة دكتوراه) منشورة، جامعة القاهرة، القاهرة.
- المطر، عنادل عبد الحميد. (2009) التراضي في العقد الإلكتروني، (أطروحة دكتوراه)، منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة.
- مطلق، مراد محمود يوسف. (2007) التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الالكتروني، دراسة مقارنة، (أطروحة دكتوراه) منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر.
- نصر، مصطفى أحمد إبراهيم. (2009) العقد الإلكتروني، (أطروحة دكتوراه) منشورة، جامعة بنها، بنها.

- يونس، عمرو عبد الفتاح. (2008) جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني، (أطروحة دكتوراه) منشورة، جامعة عين شمس، القاهرة.

6- القوانين:

- الدستور الأردني.
- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا لسنة 1980).
- تعليمات تنظيم إرسال رسائل الحملة الصادرة عن مجلس مفوضي هيئة تنظيم قطاع الاتصالات رقم (3- 2011/1).
- قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996.
- قانون التجارة الأردني رقم (12) لسنة 1966 وتعديلاته.
- قانون التحكيم الأردني رقم (3) لسنة 2001.
- قانون الشركات الأردني رقم (22) لسنة 1997.
- قانون العمل الأردني رقم (8) لسنة 1996.
- قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم (83) لسنة 2000.
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001.
- قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية (28) لسنة 2002.
- قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم (2) لسنة 2002.
- قانون تنظم أعمال التأمين رقم (33) لسنة 1997.
- القانون المدني الأردني.

- مجلة الأحكام العدلية.
- مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري.
- نظام الأشغال الحكومية رقم (71) لسنة 1986.
- نظام العلامات التجارية رقم (1) لسنة 1952.

7- الاجتهادات القضائية:

- اجتهادات محكمة التمييز الأردنية في القضايا الحقوقية والمنشورة على برنامج عدالة ومجلة نقابة المحامين وموقع التشريعات الأردنية.

8- التوثيق من شبكة الإنترنت والمواقع الإلكترونية:

- العارف، معن ثابت . (د.ت) التجارة الإلكترونية خطوة متقدمة على طريق الأعمال الإلكترونية ـ متاح على الموقع:

http://www.minshawi.com/vb/atkumen.php.

تاريخ الحصول عليه 2012/3/4.

- شرف الدين. أحمد (د. ت) الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته. متاح على الموقع:

http:// www.arablawinfo.com..

تاريخ الحصول عيه 2011/1/15.

- الشطي، فراس فاضل. (د. ت) إبرام العقد الالكتروني. متاح على الموقع:

http://www.LAwjo.net.

- العيسى، عائشة (د.ت) حجية التوقيع الإلكتروني. متاح على الموقع:

http://www.nanadilaw.com/topics.php.topic=14.

تاريخ الحصول عليه 2012/4/21.

- موقع منظمة الايكان: http://www.icann.org.
- موقع منظمة التجارة العالمية: http://www.wto.org.
- مثال على المواقع التي تهدف لحماية المستهلك:

http://www.consumar.co

- القانون اليوزيلاندي لحماية المستهلكين:

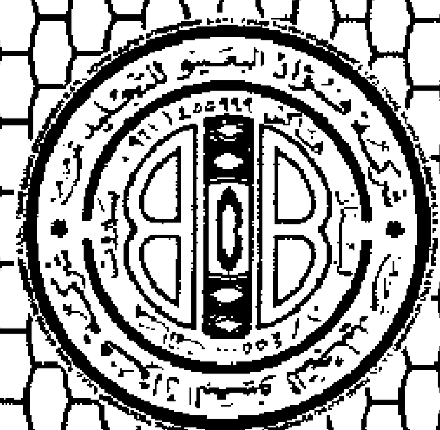
http://www.webpage econtent.com/are-arcuive/82/5.

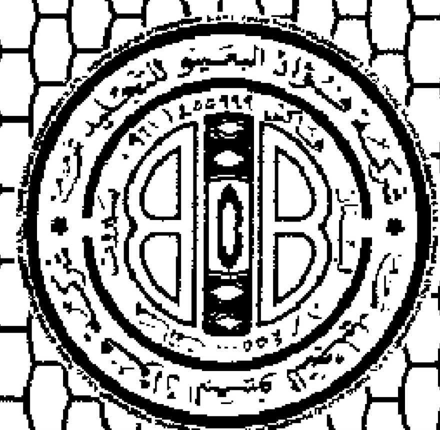
- رابطة المستهلكين في كندا: http://www.consumer.ca
- موقع التشريعات الأردنية: http://www.lob.cov.jo
- موسوعة ويكيبديا: http://ar.wikipedia.org
- موقع الجزيرة نت: http://www.ajazeera.net/news/archive/archive

ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية

- Edwards, Martin (1993). Understanding Computers, London, water law publishers limited.
- Formation and Validity. (1988) of On-Line Contracts, Amesterdam, institute for information law.
- Jilobec, Nihad; (2006). Atoz OFEDI and its Role in E-Commerce, New York, Loveland Publishers.
- M.WEITZENBOEK, EMILY (2001) Electronic Agents and the Formation of contracts, oxford, public in the international Journal of Law and Information Technology.

- Michael, chissick and Alistair, Kalman (2000) Elecronic Commerce Law and Practice, London, second edition.
- Wright, BenJamin (1999). The law of electronic commerce, Boston , little Brorwn and Company. USA, 2, ed.

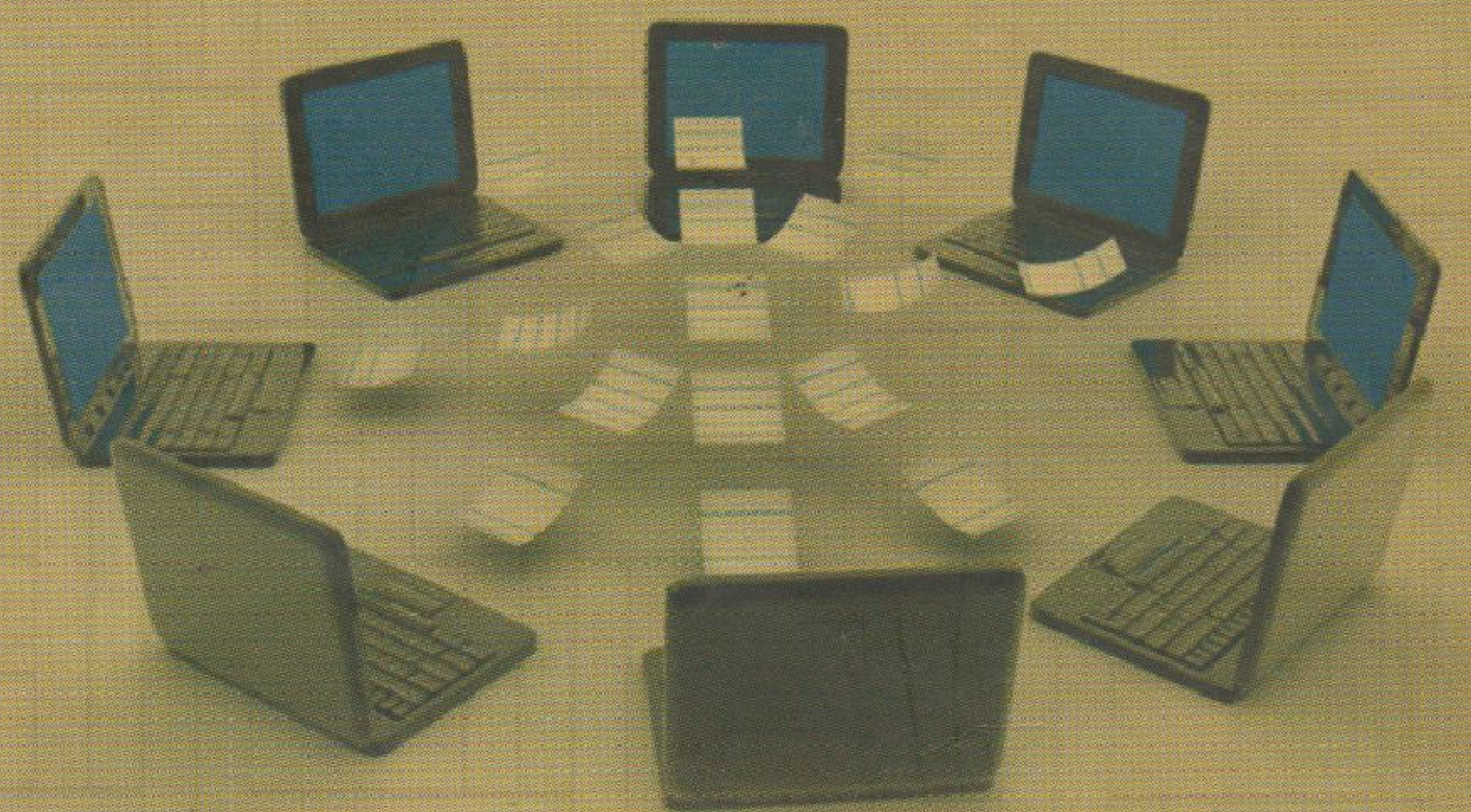




Electronic Contracts

Consent • Will Expressing

A Comparative Study



Dr.
Al-Fawaer





دار الثقافة
للنشر والتوزيع
أسسها خالد محمود جابر حيف عام 1984 عمان - الأردن
Est. Khaled M. Jaber Haif 1984 Amman - Jordan
www.daralthaqafa.com